

Kausjon og gjeldsordning

Når debitor har kausjonssikret gjeld i saker om gjeldsordning etter
gjeldsordningsloven

Vår 2004

Kandidatnr: 328

Veileder: professor Hans Petter Graver

Leveringsfrist: 25.04.04

Til sammen 15 047 ord

22.04.2004

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.2 | AVGRENSNING | 2 |
| 1.3 | KAUSJON | 3 |
| 1.3.1 | HVA KAUSJONISTENS ANSVAR OMFATTER | 5 |
| 1.3.2 | KAUSJONISTENS REGRESS | 6 |
| 1.4 | GJELDSORDNING | 7 |
| 1.4.1 | BAKGRUNN | 7 |
| 1.4.2 | LOVENS FORMÅL | 8 |
| 1.5 | RETTSKILDEBILDET | 10 |
| 1.6 | PROBLEMSTILLING | 12 |
| 1.7 | DEN VIDERE FREMSTILLING | 13 |
| <u>2</u> | <u>VILKÅRENE FOR Å KOMME INN UNDER LOVEN</u> | <u>15</u> |
| 2.1 | SØKNADSSTADIET | 15 |
| 2.2 | DET ØKONOMISKE VILKÅRET | 15 |
| 2.3 | STØTENDE-KRITERIET I § 1-4 (2) | 16 |
| 2.3.1 | OM DET FORHOLD AT DEBITOR HAR KAUSJONSSIKRET GJELD KAN HINDRE ÅPNING AV GJELDSFORHANDLING UNDER HENVISNING TIL STØTENDE-KRITERIET | 17 |
| 2.4 | ANDRE VILKÅR | 19 |
| <u>3</u> | <u>GJELDSFORHANDLINGSPERIODEN</u> | <u>20</u> |
| 3.1 | VARSLINGPLIKTEN ETTER FINANSAVTL § 63 | 20 |
| 3.2 | VIRKNINGEN AV GJELDSFORHANDLINGSPERIODEN | 22 |
| 3.2.1 | HVILKE KRAV SOM KAN MELDES VED ÅPNINGEN AV GJELDSFORHANDLINGEN | 23 |
| 3.2.2 | SPØRSMÅLET OM KAUSJONISTEN KAN UTTALE SEG OM HOVEDKRAVET ELLER OM HAN BARE KAN UTTALE SEG OM REGRESSKRAVET | 24 |
| <u>4</u> | <u>FRIVILLIG GJELDSORDNING</u> | <u>27</u> |
| 4.1 | LITT OM SAKSGANGEN | 27 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.2 | KREDITORS KRAV MOT DEBITOR | 28 |
| 4.3 | KREDITORS KRAV MOT KAUSJONISTEN | 29 |
| 4.3.1 | TIDSPUNKTET FOR KAUSJONENS FORFALL | 31 |
| 4.3.2 | DERSOM AVTALEN LIKEVEL IKKE REGULERER KAUSJONISTENS STILLING | 34 |
| 4.3.2.1 | Spørsmålet om avtalen mellom kreditor og debitor, som regulerer kausjonistens stilling, likevel kan gjøres gjeldende overfor en kausjonist, som ikke har vedtatt den | 35 |
| 5 | <u>TVUNGEN GJELDSORDNING</u> | 38 |
| 5.1 | LITT OM SAKSBEHANDLINGEN | 38 |
| 5.1.1 | VIRKNINGEN AV AT KAUSJONISTEN IKKE INNKALLES | 39 |
| 5.1.2 | HOVEDKRAVS OG REGRESSKRAVS STILLING I DEN TVUNGNE GJELDSORDNING | 39 |
| 5.2 | STØTENDE-KRITERIET | 40 |
| 5.2.1 | STØTENDE-KRITERIET I GOL § 5-4 (1) JF § 1-4 (2) | 40 |
| 5.2.2 | STØTENDE-KRITERIET I § 5-4 (1) BOKSTAV A | 41 |
| 5.2.2.1 | Støtende-vurderingen i forhold til kausjonistens ståsted | 41 |
| 5.2.3 | BESTEMMELSER SOM KAN AVBØTE STØTENDE RESULTATER | 43 |
| 5.2.3.1 | Adgangen til å gi et krav bedre dekning etter § 4-8 bokstav g | 43 |
| 5.2.3.2 | Gjeldsordningsperiodens lengde etter § 5-2 (1) | 44 |
| 6 | <u>KONKLUSJON</u> | 46 |
| 6.1 | NOEN REELLE HENSYN SOM TALER FOR REGRESSKRAVETS BORTFALL | 46 |
| 6.2 | LOVENDRINGENS BETYDNING FOR AVVEININGENE SOM MÅ FORETAS | 47 |
| 7 | <u>REGISTER</u> | 52 |
| 7.1 | JURIDISK LITTERATUR | 52 |
| 7.2 | LOVREGISTER | 54 |
| 7.3 | FORARBEIDER | 55 |
| 7.4 | DOMS- OG KJENNELSESREGISTER | 56 |

1 Innledning

1.1 Innledning

Dersom man ikke selv har de nødvendige midler for å realisere sine økonomiske planer, er man nødt til å skaffe seg kreditt,¹ og dersom man ikke selv har midler, vil normalt kreditor kreve en form for sikkerhet, enten et pant eller en kausjon. Kausjonens utbredte bruk viser at den er et viktig instrument kredittlivet og at en kausjonserklæring muliggjør låneopptak for personer som har vanskeligheter med å skaffe seg sikkerhet på andre måter.²

Gjeldsordning er aktuelt i problemøkonomier, siden formålet med gjeldsordningsloven³ er å gi personer med alvorlige gjeldsproblemer en mulighet til å få kontroll over sin økonomi, jf gol § 1-1. Undersøkelser tyder på at debitor har kausjonssikret gjeld eller solidaransvarlige i ca 30 % av gjeldsordningssakene.⁴ Det kausjoneres altså relativt ofte i de økonomier der kausjonisten løper størst risiko for å måtte innfri.

Kausjonen representerer en sikkerhet for kreditor. Der debitor har kausjonssikret gjeld, vil kreditor kunne søke kausjonisten for det debitor selv ikke klarer å betale. Etter alminnelig kausjonsrett har kausjonisten regress mot debitor der kausjonisten har måttet innfri. Etter gjeldsordningsperioden skal debitor ha fått ryddet opp i og gjenvunnet kontrollen over sin økonomi, jf gol § 1-1. Kontrollen kan blant annet gjenvinnes ved at hele eller deler av gjelden slettes som ledd i gjeldsordningen, jf gol § 4-2. En tvungen gjeldsordning skal innebære at debitor er gjeldfri etter gjeldordningsperioden.⁵ At debitor skal være gjeldfri etter gjeldsordningsperioden, vil regelmessig føre til at

¹ Smith 1981 s 33.

² Ot prp nr 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) s 64.

³ Lov av 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gol).

⁴ Ot prp nr 99 (2001-2002) Lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv. (gjeldsordningsloven) s 59.

⁵ Med unntak av pantegjeld som nevnt i gol § 5-2 (4) jf § 4-8 (1) bokstav a og b.

kausjonistens regresskrav faller bort. På denne måten vil en gjeldsordning for debitor kunne ramme kausjonisten hardt.

Før vedtakelsen av finansavtaleloven⁶ i 1999 var kausjonsretten i det alt vesentlige ulovfestet. Nå er viktige sider ved kausjoner regulert i loven, jf § 57 flg. Der forbrukere har stilt kausjon overfor en profesjonell finansieringsinstitusjon, er flere av reglene preseptoriske til fordel for forbrukeren, jf § 2, jf § 57 (3), som den nye typen av kausjonsavsvær som ble innført med vedtakelsen av finansavtaleloven.

Finansavtaleloven er gitt tilbakevirkende kraft i en del tilfeller, ved at den, med enkelte særregler og unntak, også gjelder for kausjonsavtaler som er inngått før ikrafttredelsen, jf § 93.

I 2003 ble det vedtatt endringer i gjeldsordningsloven, blant annet med sikte på å avklare kausjonisters og andre medansvarliges stilling i en gjeldsordningssak. Lovgiver valgte da loven ble vedtatt å ikke ta inn noen regler om kausjon, da banklovkommisjonen allerede var i gang med sitt arbeide, og man ønsket å avvente i forhold til deres utredning.⁷

1.2 Avgrensning

En kausjonist stiller sikkerhet for en annens gjeld. Sikkerheten kan enten stilles ved at kausjonisten inntår for kravet med hele sin formue, personalkausjon, eller han stiller pant for en annens gjeld, tredjemannspant/realkausjon. I norsk rett er stort sett de samme regler lagt til grunn for de to typene av kausjon.⁸ Særreglene for realkausjon vil ikke bli behandlet.

I de fleste saker er ikke kausjonens gyldighet problemet; problemet er at låntaker og kausjonisten mangler midler til å betjene kravet.⁹ Verken stiftelses- eller ugyldighetsspørsmål i sin alminnelighet vil bli behandlet i det følgende. Det henvises til

⁶ Lov av 25. juni 1999 nr 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtl).

⁷ Innst O nr 90 (1991-1992) Innstilling fra finanskomiteen om lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) s 10.

⁸ Smith 1981 s 100.

⁹ Rokhaug 1999 s 135.

teorien, både garantiretten og den alminnelige avtalerett, for en grundig redegjørelse av disse spørsmålene.¹⁰

Delgarantier, de garantier der kausjonisten er ansvarlig for en bestemt del av debtors utestående, for eksempel de første kr 50 000 av debtors lån på kr 100 000, vil ikke bli behandlet. Dersom debitor har betalt dette, er kausjonisten fri fra sitt ansvar.¹¹ Det vil i det følgende forutsettes at kausjonisten har stilt helgaranti og begrenset helgaranti. I første tilfelle er kausjonisten ansvarlig for hele debtors gjeld, i det andre tilfelle er han ansvarlig for "en ideell andel" begrenset oppad til et nærmere bestemt beløp.

Delgarantiene vanskeliggjør problemene i forhold til når kreditor kan kreve oppfyllelse fra kausjonisten og hva han kan kreves for, mens en kausjonist som har stilt en helgaranti eller begrenset helgaranti vedblir å hefte til hele fordringen er nedbetalt eller ansvarstiden er utløpt.¹²

1.3 Kausjon

Når flere i fellesskap er forpliktet etter en avtale er de etter de alminnelige avtalerettslige regler solidarisk ansvarlig, dersom ikke noe annet følger avtalen. En kausjonist er solidarisk ansvarlig for den kausjonssikrede fordringen sammen med debitor, men hans ansvar er likevel forskjellig fra en sideordnet solidardebitors ansvar, og på en rekke punkter stilles kausjonisten gunstigere.¹³ I forhold til avveiningen av hensynene i gjeldsordningsloven, vil disse i det vesentligste være de samme for solidarskyldnere og kausjonister. En del eksempler fra rettspraksis behandler direkte forholdet mellom solidarskyldnere, men vurderingene vil også ha relevans der det er stilt kausjon.

En kausjon har tre hovedkjennetegn.¹⁴ Den er en overenskomst med en annens kreditor, i dennes egenskap av kreditor i et annet kontraktsforhold. Videre er den en avtale om at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med debitor i hovedforholdet (forholdet

¹⁰ Se for eksempel Smith 1981 og Hagstrøm 2003.

¹¹ Se nærmere om dette i Smith 1997 s 75-76.

¹² jf finansavtl § 67 (4).

¹³ Smith 1997 s 35.

¹⁴ Smith 1981 s 50.

mellom kreditor og debitor). For det tredje er formålet med kausjonen å gi kreditor en bedre sikkerhet. Den bedre sikkerhet kreditor får, kan igjen medføre at debitor innvilges gunstigere lånevilkår. Kausjonen er et slags solidaransvar, der sikringsformålet skiller kausjonen fra solidaransvaret.¹⁵

I utgangspunktet kommer de generelle avtalerettslige regler til anvendelse på kausjonsavtaler. Spørsmål knyttet til når vi befinner oss på forhandlingsstadiet og når avtale er inngått tilhører stiftelsesspørsmålet, og er i utgangspunktet for kausjonsavtaler som for andre avtaler. Om kausjonsavtalen er ugyldig, det være seg opprinnelig eller etterfølgende ugyldighet, må også løses etter de alminnelige avtalerettslige reglene.

Kausjonsavtalen inngås mellom kausjonisten og kreditor. I forbrukerforhold, jf finansavtl § 57 (3), jf § 2 (1), er det et formkrav at avtalen skriftlig, jf § 61 (1). Debitor er ikke part i denne avtalen. Dersom kausjonisten har inngått en avtale med debitor om å stille sikkerhet for hans lån, er denne avtalen en forkontrakt og en del av forhandlingene.¹⁶ I finansavtaleloven er det gitt til dels detaljerte regler for innholdet i en kausjonsavtale der kausjonisten er forbruker, jf § 61 (2), jf § 59 (1)

Kausjonsforpliktelsen blir aktuell når debitor ikke innfrir overfor kreditor. På hvilket tidspunkt kausjonisten kan kreves, beror på hvilken type kausjon han har stilt. Den deklarasjoniske hovedregel i den alminnelige kausjonsrett er at kausjonisten har stilt simpel kausjon. Det innebærer svært kort fortalt at kreditor ikke kan kreve oppfyllelse fra kausjonisten før han har søkt debitor og kan bevise at det ikke er noe å hente der.

Den andre hovedtypen av kausjon er selvskyldnerkausjon. Skal kausjonisten hefte som selvskyldnerskausjonist, må dette være avtalt mellom kausjonisten og kreditor. En selvskyldnerkausjonist kan kreves så snart debitor har misligholdt overfor kreditor. Tidligere tok bankene inn som vilkår i sine standardkontrakter vedrørende kausjon at

¹⁵ Smith 1981 s 51.

¹⁶ Ibid s 65.

det var en selvskyldnerkausjon som ble stilt.¹⁷ Selv påtar de seg helst ikke garantiansvar som selvskyldnerkausjonister.¹⁸

Etter vedtakelsen av finansavtaleloven er det ikke lenger adgang for finansinstitusjoner til å inngå en avtale med en forbruker om at denne skal stille som selvskyldnerkausjonist. Departementet anså praksisen med utstrakt bruk av selvskyldnerkausjoner som for streng overfor kausjonistene, særlig der kausjonisten var forbruker.¹⁹ Etter finansavtl § 71 (1), jf § 2 er tidspunktet for kravets forfall derfor, i forbrukerforhold som preceptorisk regel til fordel for forbrukeren, utskutt til det som gjelder ved simpel kausjon, men finansinstitusjonen trenger, som ved selvskyldnerkausjonen, ikke å føre insolvensbevis. For kausjoner stilt av forbrukere opphever finansavtaleloven presumsjonen om at det er stilt simpel kausjon og regelen i finansavtaleloven er nå den preceptoriske regelen til fordel for forbrukeren.²⁰ Reglen i finansavtaleloven behandles nærmere i pkt 4.4.1.

1.3.1 Hva kausjonistens ansvar omfatter

Det antas å være en alminnelig kausjonsrettslig regel at kausjonisten i utgangspunktet er ansvarlig for hovedstolen og de legale tilleggssytelser.²¹ Det innbefatter forsinkelsesrenter, misligholdserstatning og inndrivelseskostnader. Dette kan imidlertid bli betydelige beløp, for eksempel der kravet er misligholdt over flere terminer.

Kontraktsmessige tilleggssytelser, som avtalte renter, omfattes etter de alminnelige kausjonsrettslige regler ikke av kausjonistens ansvar, med mindre det er avtalt. Etter at kausjonisten er krevd, følger det imidlertid av rettspraksis at han også hefter for de kontraktsmessige rentene.²²

For kausjoner stilt etter reglene i finansavtaleloven skal kausjonens størrelse eller høyeste beløp angis i kausjonsavtalen, jf § 59 (1) bokstav c. Det skal også angis i

¹⁷ Ot prp nr 41 s 80.

¹⁸ Smith 1997 s 81.

¹⁹ Ot prp nr 41 s 81.

²⁰ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag s 192.

²¹ Smith 1981 s 211.

²² Ibid s 212.

avtalen om kausjonisten har ansvar for renter og omkostninger ved låntakerens mislighold. Kausjonisten svarer bare for forsinkelsesrenter etter de alminnelige regler²³ og bare når kausjonsansvaret er forfalt.

1.3.2 Kausjonistens regress

Det er sikker rett at en kausjonist ved å innfri sin forpliktelse overfor kreditor, får rett til å gjøre regress mot debitor.²⁴ Dette er for lengst blitt slått fast i rettspraksis som en deklarasjonsregel.²⁵ I Rt 1997 s 1029 på s 1036 uttales følgende:

”...[D]et følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel.”

Den deklarasjonsregelen kombineres med en regel om at dersom en kausjonist blir ”...nødt til at innfri sin kausjon, inntreer han uten videre gjennom cessio legis i den stillede sikkerhet ...”.²⁶ Dette kalles også subrogasjon.

Regressretten kan også være avtalt mellom partene. Er det avtalt at kausjonisten skal ha regressrett, vil han ha dobbelt grunnlag for regressretten. Både når kreditor og når debitor har bedt om kausjonen, må kausjonistens regressrett som alminnelig regel være underforstått.²⁷ Regressretten må kunne sies å være en forutsetning for at garantistillelsen kan kalles en kausjon.²⁸

Etter finansavtaleloven har kausjonisten rett til å innfri kausjonsansvaret helt eller delvis dersom låntakeren har misligholdt låneavtalen vesentlig, jf § 69 (1). Ved slik innfrielse treer kausjonisten inn i låneavtalen etter de alminnelige regler, jf § 70 (1). Kreditor kan avskjære innfrielse fra kausjonisten ved å frita for kausjonsansvaret før kausjonisten har

²³ Det vil si etter Lov om renter for forsinket betaling av 17. des 1976 nr 100.

²⁴ Smith 1997 s 101.

²⁵ 1 c.

²⁶ Rt 1930 s 272.

²⁷ Smith 1981 s 271.

²⁸ Ibid s 270.

betalt.²⁹ Kausjonisten fritas da for ansvar i samme utstrekning som innfrielsen ville ha fritatt kausjonisten for videre ansvar.

Etter at kausjonisten har innfridd overfor kreditor, vil det normalt skje et etteroppgjør mellom debitor og kausjonisten. Regressretten er en betinget fordring der betingelsen inntreffer når kausjonisten har innfridd.³⁰ Det må ha skjedd full innfrielse før et regresskrav kan anerkjennes til fortrenghet for hovedfordringen, jf dekningsloven³¹ § 8-9, da kausjonistens regressrett ikke kan fortrenge kreditors rett til dekning.³² Før full innfrielse trer kausjonisten inn på prioritet etter kreditor, jf Rt 1930 s 272.

Dette utgangspunktet vil ha betydning for kausjonistens regresskrav mot debitor i en gjeldsordning, og løsningen vil kunne være ulik ettersom det er en frivillig eller tvungen gjeldsordning, på hvilket stadium kausjonisten innfrir overfor kreditor, og om han innfrir helt eller delvis.

1.4 Gjeldsordning

1.4.1 Bakgrunn

Under gjeldskrisen på slutten av 1980-tallet og begynnelsen av 1990-tallet ble behovet for en ordning for insolvente privatpersoner til å få orden på sin økonomi prekær. Da gjeldsordningsloven ble forberedt var situasjonen i Norge at flere og flere skyldnere ble ute av stand til å betale sine regninger. Dette utviklet seg til et stort sosialt problem. Årsaken til at privatpersoners økonomiske situasjon ble så vanskelig, kan forklares med en kombinasjon av en sterk utlånsvekst til privathusholdninger, en endret skatteordning med redusert rentefradrag, sterkt fallende boligpriser og økende arbeidsledighet.³³ Konkurslovens³⁴ alternativer konkurs og gjeldsforhandling passet dårlig på situasjonen

²⁹ NOU 1994:19 s 192.

³⁰ Smith 1997 s 106.

³¹ Lov av 8. juni 1984 nr 59 om fordringshaveres dekningrett (deknl).

³² Smith 1981 s 279, Hagstrøm s 691.

³³ Moe 2003 s 23.

³⁴ Lov av 8. juni 1984 nr 58 om gjeldsforhandling og konkurs (kkl).

til personlige debitorer, selv om ordningen også kunne benyttes av dem.³⁵ Lovreglene for både gjeldsforhandling og konkurs etter konkursloven ble utformet særlig med tanke på næringsdrivende.³⁶ Prosessen er omstendelig, og det kreves blant annet at debitor som utgangspunkt skal betale omkostningene, jf kkl § 3 og § 67. Alternativene ble derfor ansett som lite aktuelle å vurdere for private debitorer.³⁷ Løsningen kom med vedtakelsen av gjeldsordningsloven.

1.4.2 Lovens formål

Gjeldsordningsloven preges av flere kryssende hensyn, og disse må balanseres i forhold til hverandre.³⁸ Loven skal sikre skyldnere med en uoverkommelig gjeldsbyrde mulighet for en ny start, uten at fordringshavernes rett til betaling svekkes mer enn nødvendig. I loven har dette kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen i gol § 1-1.

Personer med alvorlige gjeldsproblemer skal etter loven gis en mulighet til å få kontroll over økonomien sin. Formålet er altså ikke nødvendigvis en fullstendig sanering av gjelden, men en mulighet for debitor til å få kontroll over den økonomiske situasjonen sin.³⁹ I rettspraksis finnes eksempler på at lovens formål er tillagt betydning ved avgjørelsen av saker om gjeldsordning, se for eksempel LF-1998-00505, der ”lovens resosialiseringsformål” avveies mot tapet av kausjonistens regresskrav.

Imidlertid vil sanering i flere tilfeller være eneste løsning, da loven skal fange opp ”skyldnere med alvorlige gjeldsproblemer, som er i den ytterste sosiale nød”.⁴⁰ For disse kan en sanering være eneste måte å få kontroll over økonomien på. Slik blir sanering av debtors gjeld et virkemiddel for å oppnå lovens formål.

Loven skal videre sikre at det skjer en ordnet fordeling av debtors midler mellom fordringshaverne, og at debitor innfrir sine forpliktelser så langt det er mulig. En ordnet fordeling er kostnadsbesparende for kreditorene idet de ikke behøver å gjennomføre

³⁵ NOU 1991:16 Gjeldsordning for personer med betalingsvansker s 17.

³⁶ 1 c.

³⁷ 1 c.

³⁸ Innst O nr 90 s 3.

³⁹ Rokhaug 1994 s 18.

⁴⁰ Innst O nr 90 s 9.

enkeltforfølgning, og samtidig sikrer loven kreditorene en rettferdig fordeling av debtors midler.⁴¹ Hensynet til likebehandling av kreditorene finner vi utslag av i flere av lovens bestemmelser; for eksempel gol § 3-4 som forbyr kreditorene å kreve eller motta betaling i en nærmere bestemt periode og gol § 4-8 som omhandler fordelingen av debtors midler. Hensynet til debitor og kreditorene hans er fremtredende. Debitor skal få kontroll over økonomien, og kreditorene skal få best mulig dekning.

Ordningen skal ikke svekke den alminnelige betalingsmoral og heller ikke utfordre den rådende rettsbevissthet i samfunnet.⁴² Dette er det tredje, viktige hensynet ordningen skal balanseres mellom, men det ikke er nevnt i gol § 1-1. Dette hensynet er derimot gjort til et vilkår for åpning av gjeldsforhandling, jf gol § 1-4 (2) og for stadfestelse av tvungen gjeldsordning, jf gol § 5-4 (1) bokstav a: Det må ikke finnes ”støtende” at debitor oppnår gjeldsforhandling eller gjeldsordning.

Det er et grunnprinsipp at avtaler skal holdes. For norsk retts vedkommende kommer dette til uttrykk i NL 5-1-1.⁴³ Det er derfor viktig at debitor innfrir i den grad han makter. Prinsippet om at avtaler skal holdes, må også kunne sies å være et viktig element i den alminnelige rettsoppfatning. En gjeldsordning kan innebære at en person som kommer inn under loven, vil kunne få slettet gjelden sin etter en begrenset gjeldsordningsperiode. Dette må holdes opp mot det forhold at personer som ikke kommer inn under loven vil slite med tilbakebetalingen av gjelden sin i mange år. Vi får altså en situasjon der velferdspolitiske hensyn, at ingen skal tape gård og grunn, er satt opp mot det faktum at mange lever på et minimum for å klare seg uten en gjeldsordning. Dette ble også trukket frem av komiteen som behandlet loven.⁴⁴ I rettspraksis finnes også flere eksempler på at dette er trukket frem som et moment i støtende-vurderingen etter § 5-4 (1) bokstav a. I Rt 1999 s 2038 ble en tvungen gjeldsordning nektet stadfestet fordi den medansvarlige ville miste regressretten samtidig som han måtte slite med

⁴¹ Graver s 31.

⁴² Ot prp nr 81 (1991-1992) Om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) s 3.

⁴³ Kong Christian Den Femtis Norske lov av 15. april 1687.

⁴⁴ Innst O nr 90 s 11.

innfrielsen av hele lånet. Debitor ville etter fem år bli gjeldfri uten å ha bidratt til nedbetalingen.

Gjeldsordningsloven har også et velferdspolitisk siktemål som indirekte kommer til uttrykk i gol § 1-1(1). I forarbeidene formulert slik at loven skal "...sikre skyldnere med en uoverkommelig gjeldsbyrde en mulighet for en ny start...".⁴⁵ Dette hensynet er viktig ved tolkningen av loven. Særlig vil dette ha betydning der det trekkes analogislutninger fra konkurs- og gjeldsforhandlingsretten. Det er da viktig å huske at konkursloven tildels skal ivareta andre hensyn enn gjeldsordningsloven. Hensynet til kreditorfellesskapet står sterkere i en konkurs eller gjeldsordning etter konkursloven enn etter gjeldsordningsloven: Det er tross alt kreditors verdier debitor i realiteten besitter eller har forbrukt.⁴⁶ Etter gjeldsordningsloven har dette hensynet måttet vike til fordel for hensynet til den personlige debtors mulighet til å få en ny start.

1.5 Rettskildebildet

Kausjonsretten er utviklet på bakgrunn av rettspraksis fra mellomkrigstiden. Enkelte av de standpunkt som da ble lagt til grunn har tiden løpt fra. Særlig vedtakelsen av avtaleloven⁴⁷ § 36 og utviklingen av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold har spilt en viktig rolle. Hensynet til forbrukervernet i de nyere kontraktslovene,⁴⁸ som finansavtaleloven er en del av, har også hatt stor betydning.⁴⁹ Vedtakelsen av finansavtaleloven i 2000 bidro også til at viktige sider ved kausjon stilt av forbrukere ble regulert.

Gjeldsordningsloven er bygd etter samme lest som konkurslovens regler om gjeldsforhandling og tvangsakkord. Konkursloven vil derfor ha en viss relevans og vekt ved tolkningen av bestemmelser i gjeldsordningsloven. Dekningsloven vil også gi viktige tolkningsmomenter. I spesialmotivene til gol § 4-3, er det uttalt at deknl § 2-7(1)

⁴⁵ Innst O nr 90 s 3.

⁴⁶ Huser 1987 s 36.

⁴⁷ Lov av 31. mai nr 4 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

⁴⁸ For eksempel Lov av 16. juni 1989 nr 63 om håndverkertjenester m. m for forbrukere og Lov av 21. juni 2002 nr 34 om forbrukerkjøp

⁴⁹ Ot prp nr 41 s 64.

er lagt til grunn ved utformingen. Dekningsloven kap 2 gjelder etter sitt eget innhold all gjeldsforfølgning.⁵⁰

Rettens avgjørelser i saker etter gjeldsordningsloven avgjøres ved kjennelse, jf gol § 3-1 (3) og § 5-4 (2) og rettsmidlet er da kjæremål, jf tvistemålsloven⁵¹ § 396. For de saker som kommer for Høyesteretts kjæremålsutvalg som videre kjæremål, er utvalgets kompetanse begrenset, jf tvml § 404. Høyesteretts kjæremålsutvalg kan prøve saksbehandlingen og tolkningen av lovforskriften, bestemmelsens nr 2 og nr 3. Har lagmannsretten bygd avgjørelsen på reelle hensyn eller alminnelige kausjonsrettslige prinsipper, kan disse ikke prøves ved videre kjæremål til Høyesterett, siden verken den konkrete rettsanvendelsen eller bevisvurderingen kan prøves. Dette kan føre til at det blir vanskelig å finne holdepunkter for hva Høyesterett egentlig mener i disse sakene. Rt 1999 s 122 gjaldt et videre kjæremål over lagmannsrettens kjennelse om å ta en begjæring om utleggsforretning hos kausjonisten til følge. Lagmannsretten hadde bygget sin rettsoppfatning på alminnelige kausjonsrettslige prinsipper og en avveining reelle hensyn, og det kunne ikke Høyesteretts kjæremålsutvalg prøve ved videre kjæremål.

Juridisk teori har generelt liten vekt som rettskildefaktor,⁵² men siden forarbeidene til gjeldsordningsloven er knappe og kausjonsretten inntil nylig i stor grad var ulovfestet, blir teorien ikke sjelden referert til i rettspraksis.

Rettskildebildet og rettskildebruken på dette området skiller seg således ikke vesentlig fra andre rettsområder. Kausjonsavtalers og kausjonisters stilling i en gjeldsordning må altså avgjøres dels på grunnlag av gjeldsordningsloven selv, dels alminnelige kausjonsrettslige prinsipper, dels finansavtaleloven og dels analogislutninger fra konkursloven og dekningsloven.⁵³

⁵⁰ Graver s 102.

⁵¹ Lov av 13. august nr 6 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (tvml)

⁵² Eckhoff s 270.

⁵³ Rokhaug 1999 s 146.

I forbindelse med denne avhandlingen har jeg i tillegg til relevant juridisk litteratur gjennomgått forarbeidene til gjeldsordningsloven og finansavtaleloven. Jeg har også gått gjennom kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg og enkelte kjennelser fra lagmannsrettene.

1.6 Problemstilling

I rettspraksis⁵⁴ finnes flere eksempler på at en solidaransvarlig, ofte debtors tidligere ektefelle, ville blitt sittende alene med et betydelig gjeldsansvar etter gjeldsordningsperioden dersom forslaget til tvungen gjeldsordning hadde blitt stadfestet. Debitor på sin side ville blitt gjeldfri etter så kort tid som fem år, jf hovedregelen i gol § 5-2 (4). I disse sakene har det i støtende-vurderingen etter gol § 5-4 blitt lagt tildels betydelig vekt på at den tidligere ektefellen ville komme i en meget vanskelig situasjon dersom hun måtte betale både sin egen og den tidligere ektefellenes andel av gjelden uten å kunne kreve regress.

Gjeldsordningslovens formål om å sikre skyldnere med en uoverkommelig gjeldsbyrde muligheten for en ny start kan komme i konflikt med viktige hensyn bak kausjonsinstituttet. Garantiformålet eller sikringsformålet, som er det som skiller kausjonene fra alminnelig solidaransvar, blir skadelidende hvis kausjonistens lempes ansvar som følge av debtors gjeldsordning. Dette har videre en følge for effektivitetshensynet: Kausjonen skal forbli et virksomt middel for kredittsikring. Kreditor bør kunne regne det som bortimot sikkert at kausjonisten vil hefte der debitor ikke innfrir.

Kausjonistens regressrett bidrar til å effektivisere kausjonsretten. For at kausjonsordningen skal ha noen reell funksjon, må det finnes villige kausjonister. Subrogasjonsregelen, at kausjonisten trer inn i de sikkerhetsretter som er stilt, er begrunnet i at den effektiviserer regressretten, og derved reduserer kausjonistens risiko.⁵⁵ Dersom kausjonisten ikke hadde regressrett, ville det sannsynligvis være vanskelig å få folk til å stille kausjon. Kausjonisten ville blitt sittende med tapet. Med regressreglene kan kausjonisten kreve debitor for det han har vært nødt til å betale

⁵⁴ for eksempel LA-2001-01238.

⁵⁵ Smith 1997 s 101.

kreditor. Men jo mer sannsynlig det er at kausjonisten må innfri overfor kreditor, jo mindre sannsynlig er det at det er noe å hente hos debitor i regressomgangen. Når dette sammenholdes med at det er kausjonister eller solidarforpliktete i ca 1/3 av gjeldsordningssakene, synes det klart at vi står overfor et dilemma.

Dilemmaet er altså at om man lar kausjonen bestå og regresskravet falle bort, vil kausjonisten bli sittende med tapet, hvilket etter omstendighetene vil kunne støte an mot den alminnelige rettsoppfatningen i samfunnet. Lar man kausjonskravet falle bort etter gjeldsordningen etter anvendelse av den alminnelige regelen om ettergivelse, vil beskyttelsen av kausjonisten føre til at kausjonsinstituttet mister mye av sin effektivitet og ikke blir brukbart som middel for å skaffe kreditt.

Å la kausjonisten hefte og beholde regresskravet, vil ikke bare komme i strid med regelen i gol § 5-2 (4) om at debitor skal være gjeldfri etter utløpet av den tvungne gjeldsordningsperioden, men også med hele formålet med gjeldsordningsinstituttet dersom gjeldssanering er det eneste virkemidlet som kan bidra til at debitor får kontroll over sin økonomi, jf gol § 1-1.

I det følgende vil jeg å se på om gjeldsordningslovens regler for behandling av kausjonskrav, slik de fremstår etter endringene, og finansavtalelovens regler om kausjon stilt av forbrukere godt nok ivaretar hensynet til de tre partene i en gjeldsordningssak; kreditor, kausjonist og debitor.

1.7 Den videre fremstilling

Om gjeldsordningsloven og finansavtaleloven godt nok ivaretar hensynet til partene i en gjeldsordningssak vil belyses gjennom en kronologisk gjennomgang av de aktuelle bestemmelser i gjeldsordningsloven. Gjennomgangen er kronologisk i forhold til saksgangen i en gjeldsordningssak frem til stadfestelsen av tvungen gjeldsordning.

For å få til en sammenlikning av reglene før endringene i 2003 og finansavtalelovens ikrafttreden med slik det er per i dag, mener jeg at også de kausjonsformene som finansavtaleloven er ment å avløse bør gjennomgås. Den praktiske hovedregel i forbrukerforhold var tidligere at det var stilt selvskyldnerkausjon. For å belyse ansvarets

strenghet må også simpel kausjon forklares før det er mulig å se om reglene i finansavtaleloven innebærer en bedre løsning for partene.

I kapittel 2 vil jeg gjennomgå vilkårene for at debtors situasjon i det hele tatt faller inn under gjeldsordningslovens virkeområde. I den forbindelse vil jeg også se på om det forhold at debitor har kausjonssikret gjeld kan ha noen betydning for om det kan åpnes gjeldsforhandlinger hos ham.

I kapittel 3 vil jeg gjennomgå virkningen av at debitor innvilges gjeldsforhandling, deriblant hvilke og hvor store krav henholdsvis kreditor og kausjonisten kan melde og om kausjonisten har uttalerett om hovedkravet i tillegg til sitt eget regresskrav.

I kapittel 4 gjennomgås virkningene av at det kommer i stand avtale om frivillig gjeldsordning i forhold til kreditors krav mot henholdsvis debitor og kausjonist. Spørsmål knyttet til kausjonens forfall gjennomgås også. Til slutt i kapittelet tar jeg opp spørsmålet om en gjeldsordningsavtale som regulerer kausjonistens stilling inngått mellom kreditor og debitor, men uten at kausjonisten har vedtatt den, kan gjøres gjeldende overfor kausjonisten.

I kapittel 5 vil jeg behandle spørsmål i tilknytning til den tvungne gjeldsordning, blant annet virkningen av at kausjonisten ikke innkalles til muntlig forhandling. Deretter vil jeg gjennomgå støtende-kriteriet i gol § 5-4 og bestemmelser som kan avbøte støtende resultater der debitor har kausjonssikret gjeld.

I det siste kapittelet vil jeg se på enkelte reelle hensynsom gjør seg gjeldende i gjeldsordningssaker der debitor har kausjonssikret gjeld og til slutt ser jeg kort på hvilken betydning lovendringen har hatt for de avveininger som må foretas.

2 Vilkårene for å komme inn under loven

2.1 Søknadsstadiet

En gjeldsordningssak innledes med at debitor sender en søknad til namsmannen på hjemstedet sitt, jf gol § 2-1. Det skal benyttes et særskilt søknadsskjema, jf § 2-1 (2) 3. pkt, og på dette skal debitor gi informasjon om inntekter, formue, gjeld, utgifter til livsopphold mv, jf gol § 2-1 (2). Namsmannen vil forberede saken på grunnlag av disse opplysningene, og sette opp en oversikt over aktiva og passiva samt foreta en verdsetting av debtors eiendeler. Det blir også foretatt en grovvurdering av om vilkårene for åpning av gjeldsordning er oppfylt. Dersom det er ”klart” at vilkårene ikke er oppfylt, kan namsmannen avslå søknaden, jf gol § 2-6 (a). Er det ikke ”klart”, må saken sendes retten for avgjørelse der, jf § 2-7. Dersom vilkårene i gol §§ 1-2 til 1-4 er oppfylt, og debtors søknad om gjeldsforhandling fyller kravene i § 2-1, skal gjeldsforhandling åpnes. Gjeldsforhandlingsperioden er fire måneder, jf gol § 3-4, og i denne perioden skal debitor forhandle med sine kreditorer og oppstille et forslag til frivillig gjeldsordning.

2.2 Det økonomiske vilkåret

Det er to økonomiske hovedvilkår som begge må være oppfylt for at debitor skal kunne komme inn under loven. Det ene stiller krav til debtors økonomiske situasjon, og det andre stiller krav til varigheten av den økonomiske situasjonen. Det uttales i forarbeidene at det skal være ”vanskelig å få åpnet gjeldsforhandling etter loven”,⁵⁶ hvilket taler for at det skal legges en streng norm til grunn.

Det er et krav for å komme inn under loven at ”skyldneren må være varig ute av stand til å oppfylle sine forpliktelser”, jf gol § 1-3. Dette minner mye om kravet til insolvens etter kkl § 61: ”Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller...”. I forarbeidene⁵⁷ er det uttalt at kriteriene for å komme

⁵⁶ Innst O nr 90 s 9.

⁵⁷ Ot prp nr 81 s 24.

inn under loven bør være mest mulig objektive, og at det vil være hensiktsmessig å bygge på innarbeidede begreper fra konkurs- og gjeldsforhandlingsretten, imidlertid med det tilleggskrav at insolvensen må være varig, jf ordlyden i gol § 1-3.⁵⁸

Vilkåret om insolvensens varighet vil etter lovens ordlyd være oppfylt når det må antas at vedkommende ikke er i stand til å innfri forpliktelsene fullt ut innen, et for skyldneren, rimelig tidsrom, jf gol § 1-3, 2. pkt. Med ”varig” menes her i ”...overskuelig fremtid og ikke for resten av livet...”.⁵⁹ Ved vurderingen skal det tas hensyn til blant annet forpliktelsen art og at innfrielsen ikke må skje uten urimelig oppofrelse. Graver antar at et perspektiv på 5-10 år vil være riktig.⁶⁰

De økonomiske vilkårene for å få åpnet gjeldsforhandling etter gjeldsordningsloven er strengere enn etter konkursloven. En slik forståelse støttes også av forarbeidene der det uttales at loven skal fange opp skyldnere med ”...alvorlige gjeldsproblemer, som er i den ytterste sosiale nød.”⁶¹ Dette må være noe mer enn å ikke kunne ”oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, jf ordlyden i kkl § 61.

2.3 Støtende-kriteriet i § 1-4 (2)

Selv om vilkårene for å åpne gjeldsforhandling for øvrig er oppfylt, skal åpning nektes ”dersom det åpenbart vil virke støtende på andre skyldnere eller samfunnet for øvrig” at det åpnes gjeldsforhandling hos debitor, jf gol § 1-4 (2). ”Støtende” henviser til en rettslig standard og må forstås som urimelig eller urettferdig.⁶² Det vil det være for eksempel der debitor har spekulert i å ikke oppfylle sine forpliktelser eller ved å låne over evne for å oppfylle vilkårene i gjeldsordningsloven og på den måten komme unna kreditorene. Frostating lagmannsrett uttaler i en kjennelse at støtende-kriteriet er satt som en ”moralsk sikkerhetsventil”.⁶³

⁵⁸ Moe s 41.

⁵⁹ Innst O nr 90 s 10.

⁶⁰ Graver s 46.

⁶¹ Innst O nr 90 s 9.

⁶² Rokhaug 1994 s 33.

⁶³ LF-1998-00505.

I § 1-4 (2) bokstav a-e er det oppregnet en del forhold som det særlig skal legges vekt på i vurderingen av om det vil virke ”åpenbart støtende” at det åpnes gjeldsforhandlinger hos debitor. Oppregningen er imidlertid ikke uttømmende, og det kan følgelig også legges vekt på andre forhold. Formuleringen ”særlig” i lovteksten betyr at omstendighetene ikke er eksempler på når en søknad skal avslås, men at de skal vurderes og tillegges betydelig vekt.⁶⁴

I rettspraksis fra før 2003 er det uttalt at støtende-kriteriet skal anvendes med varsomhet ved spørsmål om åpning av gjeldsforhandlinger.⁶⁵ I dag kommer dette til uttrykk i loven selv, gjennom formuleringen ”åpenbart støtende”. Det vil som regel være mindre betenkelig å tillate åpning av gjeldsforhandlinger enn å stadfeste en ordning.⁶⁶ Åpning av gjeldsforhandlinger innebærer at en debitor får forhandlet med sine kreditorer om en frivillig ordning. Det er opp til kreditorene om de vil gå med på ordningen. Dersom de omstendigheter som kan være støtende, er av en slik art at de kan repareres ved en tilpasning av gjeldsordningsavtalen, bør ikke debitor nektes gjeldsforhandling.⁶⁷ Dette taler for at det må svært graverende forhold til for at debitor skal nektes åpning av gjeldsforhandling. Gjeldsforhandlinger bør derfor bare nektes åpnet i de helt klare tilfeller, det vil si de som ligger nær opptil de tilfeller der namsmannen kan avslå søknaden etter gol § 2-6 bokstav a.⁶⁸

2.3.1 Om det forhold at debitor har kausjonssikret gjeld kan hindre åpning av gjeldsforhandling under henvisning til støtende-kriteriet

Etter gol § 1-4 (2) skal det vurderes om det vil virke ”åpenbart støtende for andre skyldnere eller samfunnet for øvrig” at det åpnes gjeldsforhandling hos debitor. I forarbeidene til endringene⁶⁹ nevnes det i spesialmotivene til bestemmelsen at det også kan ”...måtte tas hensyn til sosiale forhold på kreditorsiden som kan ha betydelig vekt. Det tenkes her bl. a på forholdet til privatpersoner som er blitt kreditorer som følge av

⁶⁴ Moe 2003 s 93.

⁶⁵ Moe s 59.

⁶⁶ Moe s 59 og Rokhaug 1994 s 33.

⁶⁷ Ot prp nr 99 s 27.

⁶⁸ Moe 2003 s 56.

⁶⁹ Ot prp nr 99 s 95

utløst kausjonsansvar e. l.”. Spørsmålet er altså om det forhold at debitor har kausjonist *i seg selv* kan hindre at det åpnes en gjeldsforhandlingsperiode hos debitor på bakgrunn av støtende-kriteriet i gol § 1-4 (2).

I en kjennelse fra Agder lagmannsrett⁷⁰ ble namsrettens kjennelse om å nekte åpning av gjeldsforhandlinger opphevet. Namsretten hadde lagt vekt på at søkerens attføringstrygdede bror hadde kausjonert for søkerens gjeld, og at han fortsatt ville være ansvarlig for denne mens søkeren ville fått slettet gjelden som en følge av gjeldsordningen. Lagmannsretten var ikke enig med namsretten i at den omstendighet at gjelden var kausjonssikret i seg selv ville gjort at åpning av gjeldsforhandlinger ville fremstilt seg som støtende. Så lenge det er klart at søkeren ikke vil makte å betale sin gjeld, vil kausjonisten alltid kunne bli utsatt for kreditorpågang, uansett om det åpnes gjeldsforhandlinger eller ikke.

Formålet med kausjonen er at kreditor skal kunne kreve innfrielse fra kausjonisten der debitor svikter. At debitor har kausjonssikret gjeld er ikke noe ekstraordinært, det er heller normalsituasjonen. Som nevnt i pkt 1.1 har debitor kausjonssikret gjeld i ca 30% av gjeldsordningssakene. Dersom alle som hadde kausjonssikret gjeld skulle bli nektet åpning av gjeldsforhandling, ville dette stride mot lovens formål, idet disse skyldnerne ville blitt nektet ”en mulighet til å få kontroll over sin økonomi”, jf gol § 1-1, 1. pkt.

Det er videre et spørsmål om kausjonisten vil ha noen interesse i at det ikke en gang blir forhandlet om en ordning.

Dersom det blir forhandlet om og utarbeidet et forslag til gjeldsordning, vil kausjonisten ha mulighet til å motsette seg forslaget, jf gol § 4-12. Imidlertid vil det da være en overhengende fare for at debitor begjærer tvungen gjeldsordning.

I forhold til vilkårene for åpning av gjeldsforhandling vil neppe det forhold at debitor har kausjonssikret gjeld alene spille noen avgjørende rolle. Normalt vil ikke kausjonisten komme dårligere ut ved at debitor får gjeldsordning enn der han ikke får

⁷⁰ LA-1996-00899, avsagt 24.07.96.

det.⁷¹ I denne omgang skjer vurderingen først og fremst i forhold til debtors eget forhold.⁷² I rettspraksis er spørsmålet om det vil virke støtende overfor kausjonisten derfor i første rekke kommet opp i forbindelse med stadfestelse av tvungen gjeldsordning,⁷³ og er i alminnelighet ikke relevant i vurderingen av om det vil virke støtende å åpne gjeldsforhandling for debitor.⁷⁴

2.4 Andre vilkår

Det er videre et vilkår etter gol § 1-3 (2) at debitor selv etter evne forsøker å komme til en avtale med sine kreditorer før det kan åpnes gjeldsforhandling. Debitor kan som hovedregel heller ikke ha gjeld tilknyttet næringsvirksomhet, jf gol § 1-2. I tillegg kreves det man er bosatt i Norge på søknadstidspunktet, og at man ikke har oppnådd gjeldsordning før. Tidligere var denne regelen absolutt, se Rt 1997 s 122. Nå er denne kategoriske bestemmelsen myknet noe opp, jf gol § 1-4 i f. Det vises for øvrig til teorien for en grundigere redegjørelse av vilkårene for å komme inn under gjeldsordningsloven.⁷⁵

⁷¹ Graver s 55.

⁷² Markussen s 12.

⁷³ Moe s 69.

⁷⁴ Moe 2003 s 114.

⁷⁵ For eksempel Graver, Moe 2003.

3 Gjeldsforhandlingsperioden

Alle debtors kjente kreditorer skal varsles om at gjeldsforhandling er åpnet, jf gol § 3-2 (2). Tidligere var det usikkert om dette også gjaldt solidarisk forpliktete, som kausjonister. Disse er nå uttrykkelig nevnt i loven. Dette innebærer ingen realitetsendring i forhold til før lovendringen, da debtors kausjonister uansett ville hatt formell status som kreditorer i saken på grunnlag av sin regressrett. Regelen kan imidlertid ha en funksjon som huskelapp. Kausjonister og andre medforpliktete er i noen tilfeller blitt uteglemt i gjeldsordningssaker,⁷⁶ og har da blitt stående utenfor gjeldsordningen.⁷⁷ I Rt 2001 s 6 uttaler Høyesteretts kjæremålutvalg at: ”Dersom et krav ikke meldes og heller ikke er kjent når gjeldsordningen blir stadfestet, blir kreditor stående utenfor denne. At dette ville kunne forekomme, må antas å være tatt i betraktning ved fastsettelse av lovens saksbehandlingsregler.” For debitor vil det innebære den ulempe at kravet består og kan inndrives av kreditor etter at gjeldsordningsperioden er over.⁷⁸

3.1 Varslingplikten etter finansavtl § 63

Kjente kreditorer og medansvarlige skal varsles om at det åpnes gjeldsforhandlinger, jf gol § 3-2 (2). Varslet skjer ved at namsmannen sender dem en gjenpart av kunngjøringen om åpningen av gjeldsforhandlingene.

Også kreditor pålagt en varslingsplikt, jf finansavtl § 63. Etter bestemmelsens 4. ledd skal kausjonisten varsles når der når det inntre ”fundamentale omstendigheter”⁷⁹ ved låntakeren. At låntakeren fremsetter søknad om gjeldsforhandling etter gjeldsordningsloven, er en slik omstendighet som krever at kausjonisten varsles uten ugrunnet opphold.

⁷⁶ Ot prp nr 99 s 62.

⁷⁷ Moe 2003 s 166.

⁷⁸ Ibid s 426.

⁷⁹ NOU 1994:19 s 183.

Varslingsplikten er begrunnet i långivers lojalitetsplikt overfor kausjonisten.⁸⁰ Når kausjonisten har fått varsel, vil det sette ham i stand til å treffe tiltak for å sikre egen posisjon.⁸¹ Denne lojalitetsplikten er slått fast i Rt 1988 s 1078 ”Skipsgaranti”. Der ble det på s 1084 uttalt at ”...det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består [...] Men det må i kausjonsforhold også stilles krav til kausjonisten. Han må utvise aktsomhet og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser. Kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten.” Denne saken gjaldt forholdet mellom to profesjonelle parter, og stammer fra tiden før vedtakelsen av finansavtaleloven. Saken har likevel overføringsverdi, da den legger til grunn en rimelig og fornuftig regel. Videre stilles det større krav til at profesjonelle aktører skal sikre egen posisjon, så når kreditor har varslingsplikt overfor en profesjonell kausjonist, følger det av en fra det mer til det mindre betraktning at det enn mer bør gjelde der kausjonisten er forbruker.

Dersom kreditor ikke sender varsel om at debitor har søkt om gjeldsforhandlinger etter gjeldsordningsloven, jf finansavtl § 63 (1) jf (4), vil kausjonsansvaret reduseres etter § 67 (3). Reduksjonen skal tilsvare det som skulle vært betalt av debitor i henhold til låneavtalen, jf § 67 (1). Dette vil også gjelde kontraktsmessige renter, i det omfang kausjonen omfatter disse forpliktelsene. Utover dette må kausjonisten vedbli å hefte; formålet med kausjonen er å sikre kreditor oppfyllelse. For kreditor fungerer dette som en oppfordring til å kontakte kausjonisten. Begrunnelsen for regelen om nedskrivning av ansvaret er innrettelseshensyn hos kausjonisten. Når kausjonisten ikke hører noe fra kreditor, kan han innrette seg på at kausjonsansvaret blir nedtrappet som forutsatt.⁸² Kausjonisten vil også miste muligheten til å sikre egen posisjon i forhold til både debitor og kreditor dersom han ikke får varsel om debtors mislighold.⁸³

⁸⁰ NOU 1994:19 s 183.

⁸¹ 1 c.

⁸² NOU 1994:19 s 189.

⁸³ Ot prp nr 41 s 77.

3.2 Virkningen av gjeldsforhandlingsperioden

For kreditor er virkningen av at det blir åpnet gjeldsforhandling at han verken vil kunne kreve eller motta betaling fra debitor i de fire månedene gjeldsforhandlingsperioden varer, jf gol § 3-4. Hensynene bak betalingsutsettelsen er at debitor i denne perioden skal få arbeidsro,⁸⁴ og at fordringshaverne ikke skal bli forfordelt.⁸⁵

Etter lovendringen er det klart at kreditor heller ikke kan rette krav mot debtors kausjonister i denne perioden, jf gol § 3-4 (1) bokstav f, jf finansavtl § 71 (4). Henvisningen til finansavtaleloven ble tatt inn i bestemmelsen av pedagogiske årsaker.⁸⁶ Før lovendringen var dette temaet diskutert i litteraturen. Den rådende oppfatning var at kausjonisten kunne kreves i denne perioden.⁸⁷ Denne oppfatningen ble støttet av ordlyden i bestemmelsen som klart bare rettet seg mot debitor. Graver la imidlertid vekt på at betalingsutsettelsen etter gol § 3-4 var et forholdsvis lite inngrep i forhold til kreditor, mens den bidro til å lette det økonomiske og psykiske presset mot debitor. Han konkluderte derfor med at kausjonisten ikke kunne kreves i denne perioden.⁸⁸

For kausjonisten gjelder som nevnt at han ikke kan bli avkrevd betaling i gjeldsforhandlingsperioden. Kravene fryses imidlertid ikke, og renter påløper i perioden, jf gol § 3-4 (2). For kausjonisten kan dette medføre at han også vil kunne hefte for disse rentene, jf pkt 1.3.1. Kausjonistens ansvar vil altså bli større dersom kausjonsavtalen innebærer at han også skal være ansvarlig for rentene. I denne sammenheng må ”renter som forfaller til betaling” bety kontraktsbaserte renter.⁸⁹ For kreditor betyr dette at kravet ikke blir mindre enn forutsatt i den opprinnelige låneavtalen, og han taper ikke penger i renteperioden. Dersom kausjonisten har innfridd forut for gjeldsforhandlingsperioden, vil han kunne fremme sitt regresskrav mot debitor.

⁸⁴ Ot prp nr 41 s 82.

⁸⁵ Graver s 92.

⁸⁶ Ot prp 99 s 60.

⁸⁷ Huser 1995 s 240, Moe s 143, Rokhaug 1994 s 117.

⁸⁸ Graver s 95.

⁸⁹ Ot prp 81 s 58.

3.2.1 Hvilke krav som kan meldes ved åpningen av gjeldsforhandlingen

En gjeldsordning skal i utgangspunktet omfatte alle debtors forpliktelser, jf gol 4-8 (1), og disse skal gis forholdsmessig dekning. Enkelte unntak er nevnt i bestemmelsen, og disse kravene kan holdes utenfor ordningen eller gis en annen dekning, bokstav a-i.

I teorien har det vært diskutert hva uttrykket ”alle skyldnerens forpliktelser” omfatter. Diskusjonen har knyttet seg til om uttrykket gjelder alle forpliktelsene, forfalte som uforfalte⁹⁰ eller om uttrykket må tolkes innskrenkende i tråd med dekl § 6-1 der bare fordringer som er forfalt ved åpningen av bobehandlingen gis dividende.⁹¹

Gjeldsordningslovens formål og system bør veie tyngre enn ønsket om en parallellitet med konkurslovens system og hensynet til kreditorene, hvilket fører til at også uforfalte fordringer kan meldes i gjeldsordningen.

Gjeldsordningsloven gir ingen løsning på spørsmålet om hvor stort krav en kreditor etter en kausjonssikret fordring kan melde. En analogisk anvendelse av dekl § 8-7 fører til at kreditor har full anmeldelsesrett i debtors bo.⁹² Det betyr at der kausjonisten har innbetalt noe til kreditor, kan kreditor likevel melde hele fordringen i boet. Betaling fra debtors side vil imidlertid alltid føre til redusert anmeldelsesrett. Regelen om full anmeldelsesrett er hovedsakelig begrunnet i de oppgjørstekniske vanskeligheter en begrenset dividenderett ville innebåret.⁹³

For kausjonisten vil dette ha betydning i forhold til hans regresskrav. Dekl § 6-3 bestemmer at en regressfordring mot debitor i anledning innfrielsen av en hovedfordring i forhold til boet anses for å ha oppstått samtidig med hovedfordringen. Der kausjonisten har innfridd forut for debtors gjeldsordning, vil regresskravet være en fordring oppstått før åpningen av gjeldsforhandlingen. Det vil derfor omfattes av gol § 4-8 (1) etter en analogisk anvendelse av dekl § 6-1. Kausjonisten vil i disse tilfellene få dividende av regresskravet.

⁹⁰ Graver s 124.

⁹¹ Huser 1995 s 251.

⁹² Rokhaug 1999 s 148.

⁹³ Smith 1997 s 109.

Kausjonistens uforfalte regresskrav er et betinget krav. Etter dekl § 6-2 kan betingete krav der betingelsen ikke har inntrådt, anerkjennes som dividendefordring. Dette innebærer at kausjonistens regresskrav omfattes av "alle skyldnerens forpliktelser" i gol § 4-8, og at kausjonistens regresskrav behandles på linje med andre fordringer som ikke gis særlig dekning etter gol § 4-8 bokstav a-i.

Både kausjonisten og kreditor kan altså melde sine krav. Krav fra kausjonisten vil være aktuelt der kausjonisten har betalt noe til kreditor og fremmer regresskrav for dette overfor debitor. Der både kreditor og kausjonist melder sine krav, vil en analogisk anvendelse av dekl § 8-9 føre til at det beregnes felles dividende for kreditor og kausjonist. Kausjonistens regressrett står imidlertid tilbake for kreditors krav, og det fører til at kausjonisten ikke vil få noe av denne dividenden før kreditor har fått "det som tilkommer ham", jf dekl § 8-9. Kausjonens formål er å sikre at kreditor får dekning for sitt krav. At kausjonisten står tilbake er da en naturlig følge av ordningen og dens formål.

3.2.2 Spørsmålet om kausjonisten kan uttale seg om hovedkravet eller om han bare kan uttale seg om regresskravet

Gjeldsordningsloven har ingen bestemmelser som regulerer spørsmålet om kausjonisten kan uttale seg om spørsmålet om hovedkravet skal nedskjæres eller slettes som følge av gjeldsordningen, eller om hans uttalerett begrenser seg til regresskravet.

Det er en alminnelig kausjonsrettslig regel at kausjonisten kan gjøre gjeldende debitors innsigelser overfor kreditor.⁹⁴ Kausjonisten kan gjøre disse innsigelsene gjeldende på egen hånd, uavhengig av om debitor støtter innsigelsen eller ikke. Innsigelsene det er tale om her, er imidlertid knyttet til gyldigheten av avtalen mellom debitor og kreditor. Det kausjonisten har påtatt seg, er oppfylleelsesplikten etter en gyldig avtale idet han garanterer for bonitas og ikke for veritas.⁹⁵

⁹⁴ Smith 1981 s 186.

⁹⁵ Ibid s 182.

I Rt 1999 s 2038 hadde A fått stadfestet tvungen gjeldsordning i namsretten. B, som medansvarlig for et lån, påkjærte kjennelsen til lagmannsretten. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at ” Etter tvml § 396 kan kjennelser påkjæres av ’enhver som avgjørelsen rammer’. B er solidarisk ansvarlig med A for kr 438.371 av den gjeld som omfattes av gjeldsordningen. Som solidarisk ansvarlig med skyldner vil han om forslaget til gjeldsordning stadfestes miste sin regressrett overfor A. Kjæremålsutvalget finner det på dette grunnlag klart at B må ha rett til å påkjære lagmannsrettens kjennelse.”

I teorien er det uttalt at kun de kreditorer som har krav som omfattes av gjeldsordningen vil ha stemmerett.⁹⁶ Andre enn disse vil nok indirekte kunne berøres, men de vil ikke være parter i avtalen. I forarbeidene til endringene uttales det imidlertid eksplisitt at kausjonisten skal gis kreditorstatus i gjeldsforhandlingene.⁹⁷

Etter gol § 5-3 (3) 2. pkt skal fordringshaverne som endringene er til skade for, gis adgang til å uttale seg om disse. Direkte gjelder denne bestemmelsen kun for endringsavtaler, men bestemmelsen må også kunne brukes som tolkningsmoment ved avgjørelsen av spørsmålet om kausjonisten kan uttale seg om hovedkravet. Dersom kreditor godtar en lavere dividende enn nødvendig, vil det være til skade for kausjonisten som må betale mer, siden han vil kreves for det debtors dividende ikke dekker av kravet i løpet av gjeldsordningsperioden.

Kausjonisten må sies å ha en direkte økonomisk interesse i at kreditor får best mulig dekning. Størrelsen på kravet kausjonisten har garantert for vil reduseres med debtors betaling. Videre vil også spørsmålet om kravet skal falle bort eller ikke etter en frivillig ordning ha betydning for kausjonisten.

En kreditor med en kausjonssikret fordring er sikret dekning fra kausjonisten og trenger derfor ikke være særlig pågående i forhandlinger for å sikre kravet sitt. Hva som skjer

⁹⁶ Huser 1995 s 245.

⁹⁷ Innst O nr 15 (2002-2003) Innstilling til finanskomiteen om lov om endringer i lov av 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv (gjeldsordningsloven) s 15.

med hovedkravet i en gjeldsordning, vil for ham kunne være det samme, siden han kan kreve kausjonisten for det debitor ikke dekker.

Gode grunner taler altså for at kausjonisten skal kunne forhandle om hovedkravets skjebne i en gjeldsordning, fordi dette har direkte betydning for hans egen stilling den dagen han blir krevd av kreditor og kanskje selv har tapt sitt regresskrav mot debitor.

4 Frivillig gjeldsordning

4.1 Litt om saksgangen

I løpet av gjeldsforhandlingsperioden skal debitor utarbeide et forslag til frivillig gjeldsordning, jf gol § 4-1. Etter 2. ledd skal namsmannen undersøke om forslaget er i strid med bestemmelsene i gol §§ 4-2 til 4-10, som angir reglene for gjeldsordningens materielle innhold. Loven bruker formuleringen ”... namsmannen [...] skal påse”. Til tross for ordlyden er det snarere en veiledningsplikt enn en kontrolloppgave namsmannen er pålagt.⁹⁸ Dette underbygges av spesialmotivene til bestemmelsen, der det slås fast at under gjeldsforhandlingsperioden ”...står partene fritt til å avtale den ordning de finner mest praktisk.”⁹⁹

Avtalen om gjeldsordning kan gå ut på at debitor får hel eller delvis betalingsutsettelse, at kreditorene gir helt eller delvis avkall på renter og omkostninger, eller at gjelden helt eller delvis saneres, jf gol § 4-2. Avtalen kan etter 2. ledd også gå ut på kombinasjoner av dette.

Under gjeldsordningsperioden har debitor lov til å beholde så mye av sin inntekt som med rimelighet trengs til underhold av ham og hans husstand, jf gol § 4-3. Etter gol § 4-5 kan debitor også beholde personlige eiendeler på et rimelig nivå. Dersom debitor eier eller leier bolig, må det avgjøres om denne overstiger det han med rimelighet trenger. Dersom det vil gi fordringshaverne best dekning, kan det kreves at den selges, jf gol § 4-4, eller at leieavtalen sies opp.¹⁰⁰ Debitor må da finne seg et rimeligere bosted. Også andre eiendeler kan kreves solgt dersom de overstiger rimelige behov, jf gol § 4-6. Dekningslovens regler om hva som er gjenstand for kreditorbeslag og om fordelingen

⁹⁸ Graver s 105.

⁹⁹ Ot prp nr 81 s 59.

¹⁰⁰ Rokhaug 1994 s 94.

mellom kreditorene utgjør den materielle rammen for gjeldsordningslovens regler, men med enkelte tilpasninger.¹⁰¹

4.2 Kreditors krav mot debitor

Utgangspunktet er at alle debtors forpliktelser skal omfattes av gjeldsordningen, jf gol § 4-8. De midler som debitor har igjen etter at utgifter til livsopphold er trukket fra, jf gol §§ 4-3 til 4-6, skal med visse unntak, jf § 4-8 bokstav a-i, fordeles forholdsmessig mellom kreditorene etter gjeldens størrelse. Bestemmelsen bygger på det samme likhetsprinsipp som prioritetsreglene for fordringer i dekl kap 9.

Det har i teorien vært diskutert om fordelingsnøkkelen i gol § 4-8 er deklatorisk eller preseptorisk.¹⁰² Ordlyden, ”skal”, taler for at bestemmelsen er preseptorisk. Det er imidlertid avtalefrihet på dette stadium av saken. For gjeldsordning etter konkursloven er avtalefriheten begrenset til å gjelde avtalens innhold. Denne avtalefriheten omfatter ikke fordelingen mellom kreditorene, jf kkl § 23 (1) om hva en frivillig ordning ”*bl a* kan gå ut på” (min uth) og kkl § 23 (2) som fastslår at ”den foreslåtte gjeldsordning må omfatte og likestille alle kjente fordringer på skyldneren.” Moe anfører også likhetsprinsippet for at regelen i gjeldsordningsloven er preseptorisk.¹⁰³ Dette standpunktet har gode grunner for seg. Avtalefriheten knytter seg dermed til hva avtalen kan gå ut på, jf gol § 4-2, mens reglene om fordelingen av midlene i gol § 4-8 er preseptoriske.

Kreditorene har krav på dividende fra debitor av sitt utestående krav. Hvor mye av kravet som dekkes, beror på hvilken dekningsprosent debitor utbetaler. Dette vil være regulert i gjeldsordningsavtalen.

¹⁰¹ Graver i Norsk Lovkommentar note 7.

¹⁰² Huser 1995 s 253 mener den er preseptorisk. Rokhaug 1994 s 108 er av motsatt oppfatning. Slik også Graver i Norsk Lovkommentar note 57.

¹⁰³ Moe s 229 - 230.

4.3 Kreditors krav mot kausjonisten

I løpet av gjeldsordningsperioden vil kreditor få dekning for kravet sitt i form av dividende fra debitor. Dersom kreditor ikke får full dekning fra debitor i løpet av denne perioden, oppstår spørsmålet om kreditor kan kreve kausjonisten.

Ettergivelse etter alminnelige kausjonsrettslige regler, der ettergivelseserklæringen ikke gir noen veiledning, går ut på at også kausjonistens ansvar opphører.¹⁰⁴ Ettergivelse vil si at fordringen opphører uten at debitor trenger å oppfylle.¹⁰⁵ I utgangspunktet beror spørsmålet om hva som skjer med kausjonskravet på en tolkning av ettergivelseserklæringen. Den deklarasjoniske hovedregelen i kausjonsretten er altså at der det ikke er avtalt noe annet opphører også kausjonistens ansvar.¹⁰⁶ For frivillige gjeldsordninger etter konkursloven er det derimot mye som taler for at man lar kausjonisten hefte der ordningen klart mangler gavepreg og fremstår som en økonomisk fornuftig disposisjon.¹⁰⁷

De samme synspunkt var fremme i LG-1998-01491 der retten kom frem til at kausjonisten heftet. Saken ble påkjært, Rt 1999 s 122, men kjæremålet inneholdt ikke noen anførsler utvalget kunne prøve, da lagmannsretten hadde bygd på alminnelige kausjonsrettslige prinsipper og reelle hensyn. Tolkningen av slike ulovfestede regler kan ikke prøves ved videre kjæremål, jf ovenfor pkt 1.5.

I den aktuelle saken hadde ikke kreditor eksplisitt motsatt seg frivillig gjeldsordning, jf gol § 4-12 i f. Til tross for at den alminnelige kausjonsrettslige regel er at der kreditor frivillig ettergir debtors gjeld blir kausjonisten fri, ble ikke medkausjonistens ansvar redusert som følge av den frivillige gjeldsordningen.¹⁰⁸ Hun var altså fortsatt fullt ut ansvarlig. Lagmannsretten uttalte at "[f]or en kreditor ville det fremstå som grunnløst å måtte motsette seg ordningen alene for å sikre at det blir tvungen gjeldsordning slik at kausjonsansvaret ikke blir redusert." Retten kom til at "[r]eelle hensyn" tilsa at

¹⁰⁴ Smith 1981 s 347.

¹⁰⁵ Ibid s 346.

¹⁰⁶ Ibid s 347.

¹⁰⁷ Ibid s 349.

¹⁰⁸ Ibid s 347.

medkausjonistens ansvar ikke ble redusert. De to hensynene som ble trukket frem var hensynet til at kausjonsinstituttet ikke skulle undergraves som følge av en reduksjon av kausjonistens ansvar og hensynet til ikke å vanskeliggjøre en frivillig gjeldsordning i de tilfeller der det er kausjonister inne i bildet.

I teori vedrørende gjeldsordningsloven slik den lød før endringene er ikke løsningen på denne problemstillingen klar. Rokhaug uttaler at det er usikkert hva resultatet blir.¹⁰⁹ En frivillig gjeldsordning der avtalen går ut på å slette hele eller deler av debtors gjeld har visse likhetstrekk med ettergivelse. Gjeldsordningssakenes særegne karakter og det at kreditor blir bundet ved passivitet, er imidlertid momenter som kan trekke i retning av ikke å anvende den alminnelige reglen om ettergivelse likevel. I sin bok fra 1999 uttaler han på den annen side kategorisk at også kausjonisten går fri.¹¹⁰ Moe mener at i mangel av avtale om annet, vil kravet mot kausjonisten måtte bestå; et standpunkt som er opprettholdt i 2003-utgaven.¹¹¹

I gol § 4-2 (4) er det nå¹¹² en bestemmelse som skal sikre en avklaring av kausjonistens og andre medforpliktedes stilling.¹¹³ Bestemmelsen sier imidlertid ikke mer enn at forslaget til gjeldsordning skal inneholde en bestemmelse som avgjør de medforpliktedes stilling. Bakgrunnen for regelen er at det i praksis var usikkerhet rundt hva resultatet ble der gjeldsordningsavtalen ikke behandlet spørsmålet. Dette kan igjen ha hindret at kreditorer gikk med på frivillige ordninger i de tilfeller der kreditor ønsket at kausjonsansvaret skulle bestå.¹¹⁴

Ofte vil en gjeldsordning være den eneste måten å få dekket noe av det utestående for kreditor. Da vil en frivillig ordning kunne fremtre som særlig attraktiv for kreditorene, idet avtalen kan gå ut på at debitor bare gis betalingsutsettelse i gjeldsordningsperioden, jf gol § 4-2. Alternativet tvungen gjeldsordning innebærer at debitor skal være gjeldfri

¹⁰⁹ Rokhaug 1994 s 117.

¹¹⁰ Rokhaug 1999 s 150.

¹¹¹ Moe s 249, Moe 2003 s 293.

¹¹² Etter endringene i 2003.

¹¹³ Ot prp nr 99 s 100.

¹¹⁴ Innst O nr 15 (2002 - 2003) Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov av 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv (gjeldsordningsloven) s 15.

etter gjeldsordningsperioden, jf gol § 5-2 (4) jf § 4-8 (1) bokstav a og b. En frivillig ordning kan dermed på sikt føre til at kreditor oppnår bedre dekning. En regel om at den alminnelige regelen om ettergivelse skulle anvendes i frivillige gjeldsordninger, mens kausjonskravet ville bestå i tvungne, ville virket prosesskapende, da det kunne ha hindret formålstjenelige løsninger der kreditor ikke ønsket å ettergi kravet mot kausjonisten. Sammenlagt taler dette for at den alminnelige regelen om at ettergivelse overfor debitor også gavner kausjonisten ikke bør gjelde der debitor oppnår avtale om frivillig gjeldsordning.

4.3.1 Tidspunktet for kausjonens forfall

I gjeldsforhandlingsperioden er kausjonisten beskyttet mot krav fra kreditor, jf gol § 3-4. Spørsmålet er så om kreditor kan kreve kausjonisten med en gang denne perioden er over.

Tidspunktet for kausjonens forfall vil i utgangspunktet avhenge av hva slags kausjon som er stilt og av forholdet mellom kreditor og debitor. Med dette siktes det til hvilke krav det i hovedforholdet stilles til mislighold og bevis for debtors insolvens.¹¹⁵ Sondringen mellom selvskyldnerkausjon, simpel kausjon og kausjonsformen i finansavtaleloven vil da spille en vesentlig rolle.

En selvskyldnerkausjonist må finne seg i å bli søkt straks hovedfordringen er misligholdt.¹¹⁶ Også antesipert mislighold vil være tilstrekkelig til å utløse kausjonistens ytelsesplikt.¹¹⁷ Konkursåpning anses for antesipert mislighold.¹¹⁸ Åpning av gjeldsforhandlinger etter gjeldsordningsloven må også anses for antesipert mislighold.¹¹⁹ Likheten mellom behandlingsmåtene og hensynet til partene er i dette tilfellet større enn ulikhetene. Situasjonen kan være at debitor har prioritert å betale den kausjonssikrede fordringen for å spare kausjonisten, slik at denne fordringen ikke er misligholdt. Skulle han innvilges gjeldsordning, kan kausjonisten likevel kreves så snart

¹¹⁵ Smith 1997 s 79.

¹¹⁶ 1 c.

¹¹⁷ Smith 1997 s 86.

¹¹⁸ Ibid s 91.

¹¹⁹ Synspunktet støttes også i NOU 1994:19 s 57.

betalingsutsettelsen etter gol § 3-4 er utløpt fordi gjeldsordningen anses som antesipert mislighold. Det bør imidlertid kreves at kausjonskravets omfang kan fastslås med rimelig sikkerhet.¹²⁰

En simpel kausjonist kan derimot kreve at kreditor gjør hva han kan for å kreve oppfyllelse fra debitor før han selv blir nødt til å betale.¹²¹ Den fordel som den simple kausjonist har av at kreditor tvinges til å søke hoveddebitor først, kalles *beneficium ordinis*.¹²² Beneficiet innebærer også en plikt for kreditor til å utnytte debtors aktiva på en tilstrekkelig energisk måte for derved å redusere kausjonistens ansvar,¹²³ og lidt tap må dokumenteres.¹²⁴ Det stilles krav om absolutt insolvens hos debitor før den simple kausjonists betalingsplikt inntreffer.¹²⁵ En simpel kausjonist kan ikke kreves dersom noe av hovedfordringen kan dekkes.¹²⁶ Dette innebærer at alle andre solidarisk ansvarlige skal være søkt, og det skal være søkt dekning i debtors formuesgjenstander. Dersom fordringen er sikret på annen måte, for eksempel ved tredjemannspant eller kausjon fra andre, kan ikke den simple kausjonist kreve at kreditor søker dem først. Beneficiet er uttømt når de prinsipalt ansvarlige er søkt. Kausjonisten vil da hefte på lik linje som de øvrige kausjonistene.¹²⁷

I forhold til gjeldsordning innebærer dette et spørsmål om når den simple kausjonist kan kreves. Det er først ved gjeldsordningsperiodens utløp man med sikkerhet vet hvor mye av fordringen debitor ikke kan dekke. Dersom kreditor ikke kan kreve kausjonisten før dette tidspunkt, påføres han et likviditetstap og et tidstap.¹²⁸ I tillegg får han usikkerheten knyttet til endringer i kausjonistens økonomiske utvikling i perioden.

¹²⁰ Smith 1997 s 87.

¹²¹ Ibid s 79.

¹²² NOU 1994:19 s 192.

¹²³ Smith 1997 s 79.

¹²⁴ Ibid s 88.

¹²⁵ Ibid s 89.

¹²⁶ Smith 1981 s 255.

¹²⁷ Smith 1997 s 90.

¹²⁸ Smith 1981 s 257.

I konkursretten er det i underrettspraksis eksempler på at man har gitt kreditor medhold i at kravet mot den simple kausjonisten er forfalt selv om ikke boet var avsluttet.¹²⁹

Reelle hensyn tilsier samme løsning også for saker etter gjeldsordningsloven.

Betalingsutsettelsen er gitt ut fra hensynet til at debitor trenger ro fra kreditorpågang i opprydningsfasen.¹³⁰ Det kan hevdes at det for kausjonisten økonomisk vil kunne gå ut på ett når han må betale. Kreves han etter betalingsutsettelsen vil han motta dividenden, kreves han etter gjeldsordningsperioden vil dividenden gå til kreditor og kausjonisten må betale resten. I forhold til betalingsutsettelsen på fire måneder kan synspunktet om at det for kausjonisten går ut på ett når han kreves ha grunner for seg, siden perioden er såpass kort. Kausjonisten vil påføres et likviditetstap dersom han blir krevd tidlig i prosessen. Dette kan ikke tillegges særlig vekt, for dersom kausjonisten kreves sent i prosessen vil det innebære en tilfeldig fordel for ham. En simpel kausjonist kan etter dette kreves så snart betalingsutsettelsen er over og kreditors tap i noen grad lar seg fastslå.

For kausjoner som faller under finansavtaleloven, er det i § 71 (4) bestemt at finansinstitusjonen kan rette krav mot kausjonisten når betalingsutsettelsen etter gol § 3-4 er utløpt. Dette gjøres ved at det sendes påkrav, jf 6. ledd, 1. pkt. Kausjonsansvaret forfaller da 14 dager etter at påkravet er kommet frem til kausjonisten, jf 6. ledd, 2. pkt.¹³¹

I finansavtl § 71 (4) 2. pkt finnes et unntak denne regelen. Dersom debitor selv har stilt pant for fordringen og pantet vil gi kreditor full dekning, kan ikke kausjonisten kreves før tre måneder etter at tvangsdekning i pantet er begjært, jf § 71 (4), jf § 71 (3).

Tvangsdekning når debitor har gjeldsordning kan tidligst kreves etter betalingsutsettelsen på fire måneder, jf gol § 3-4. Dersom debitor skal beholde boligen som en del av gjeldsordningen, er boliglånet etter § 4-8 (1) bokstav a avdragsfritt i gjeldsordningsperioden. Dette må bety at en kausjonist som har stilt sikkerhet i tillegg til debtors pant i egen bolig og pantet vil gi full dekning, kan det ikke rettes krav mot

¹²⁹ Smith 1997 s 93.

¹³⁰ Ot prp nr 41 s 82.

¹³¹ Etter § 93 (2) bokstav r vil dette gjelde alle privatkausjoner der krav rettes mot kausjonisten etter finansavtalelovens ikrafttreden.

kausjonisten i gjeldsordningsperioden. Andre fordringer som er sikret med pant utenfor pantets verdi, faller bort etter gjeldsordningsperioden. De omfattes heller ikke av bestemmelsen i finansavtl § 71 (4) 2. pkt jf (3), da dette bare gjelder der debtors pant vil gi kreditor ”full dekning”. Regelen her må da bli at kausjonisten kan kreves etter at betalingsutsettelsen, jf § 3-4, uten at det er et krav at det er tatt rettslige skritt mot debitor først.¹³²

I forhold til situasjonen før finansavtaleloven og den praktiske hovedregel om at kausjonisten har stilt selvskyldnerkausjon, innebærer ikke finansavtaleloven store endringer på dette området. Tidspunktet for når kausjonisten kan søkes er imidlertid utskutt noe i forhold til det som gjelder for selvskyldnerkausjonister. I de ytterst sjeldne tilfeller der det er stilt simpel kausjon, vil forfallstidspunktet fremskyndes noe. Etter finansavtaleloven angis det en forholdsvis fast ramme for tidspunktet kausjonisten tidligst kan kreves, hvilket er forholdsvis lett for en forbruker å forholde seg til.

4.3.2 Dersom avtalen likevel ikke regulerer kausjonistens stilling

Dersom forslaget til frivillig gjeldsordning ikke regulerer forholdet til kausjonisten, vil dette innebære et brudd på gol § 4-2 (4). Når debitor har utarbeidet sitt forslag til gjeldsordningsavtale, skal namsmannen kontrollere at forslaget ikke er i strid med gol §§ 4-2 til 4-10. Det er opp til debitor om han vil endre forslaget i tråd med namsmannens anbefaling. Loven gir ikke namsmannen hjemmel for å nekte å sende ut et forslag i strid med bestemmelsene, men han kan legge ved et notat til kreditorene hvor han påpeker de feilene han mener foreligger.¹³³ Det er med andre ord ingen sanksjoner forbundet med brudd på bestemmelsen, og den fremstår da som en ren ordensforskrift. Kreditorene kan altså velge om de vil godta forslaget eller de kan forkaste det.

For å bli bundet av forslaget til frivillig gjeldsordning, må man ha mottatt melding fra namsmannen og enten positivt vedtatt forslaget eller forholdt seg passiv, jf gol § 4-12. Dette innebærer at en kausjonist som ikke har fått melding, ikke er bundet av

¹³² NOU 1994:19 s 193.

¹³³ Moe 2003 s 297.

gjeldsordningen. Han vil stå utenfor, og han vil ha hele sitt krav i behold.¹³⁴ Adgangen til å søke dekning vil imidlertid være begrenset i gjeldsordningsperioden. Som nevnt beholder debitor et beløp til livsopphold, mens resten av hans midler skal gå til dekning av kreditorenes fordringer. Dette vil både gjelde der kausjonisten har innfridd og er kreditor i forhold til sitt regresskrav, og der han kun har en betinget fordring i form av et mulig regresskrav, jf pkt 3.2.1.

4.3.2.1 Spørsmålet om avtalen mellom kreditor og debitor, som regulerer kausjonistens stilling, likevel kan gjøres gjeldende overfor en kausjonist, som ikke har vedtatt den

Det forutsettes i dag at det er avskjæring av kausjonistens regresskrav som krever særskilt hjemmel, mens regressretten som sådan følger av alminnelige rettsgrunnsetninger.¹³⁵ Hjemmelen for å avskjære regresskravet vil finnes i gjeldsordningsavtalen. Spørsmålet er om denne kan gjøres gjeldende overfor en kausjonist som ikke har vedtatt forslaget til gjeldsordning.

Avtalen om gjeldsordning er en avtale mellom kreditor og debitor som får virkning også for kausjonisten. Slik sett er den en tredjemannsavtale, forutsatt at kausjonisten ikke er part i eller har medvirket til avtalen. Det er imidlertid sikker rett at en slik avtale bare kan inngås til gunst og ikke til ugunst for tredjemann.¹³⁶

I Rt 1993 s 1053, A/S Rådhusseiene, uttaler Høyesterett at "[s]om alminnelig utgangspunkt må det imidlertid være klart at kreditor og hoveddebitor ikke seg imellom kan inngå ordninger som får negative virkninger for garantistens regressadgang uten at dette får betydning også for garantistens forpliktelse." Denne uttalelsen fremstår i dommen som et *obiter dictum*. Det er imidlertid ikke tvilsomt at det alminnelige utgangspunkt er at debitor og kreditor ikke på egenhånd kan inngå en avtale som legger

¹³⁴ Graver s 134.

¹³⁵ Rt 1997 s 1029.

¹³⁶ Slik for eksempel Hov s 317, der han ikke engang legger frem muligheten av at den avtale som inngås kan stille tredjemann i en dårligere situasjon.

økte byrder på kausjonisten.¹³⁷ I dag er dette også lovfestet i finansavtl § 65 (3) for kausjonsavtalers vedkommende.

Dersom det blir avtalt endringer i hovedforholdet som går i kausjonistens favør, vil kausjonisten neppe ha grunn til å slippe fri fra ansvaret. Det er imidlertid vanskelig å trekke klare grenser mellom de endringer i hovedforholdet som får innvirkning på kausjonistens ansvar og de endringer som han må tåle. Et par retningslinjer kan imidlertid trekkes.¹³⁸ I teori fra før vedtakelsen av finansavtaleloven, er det uttalt at det avgjørende for om kausjonsansvaret bortfaller eller reduseres vil være om det skjedde en vesentlig økning av kausjonistens tapsrisiko.¹³⁹ Spørsmålet blir da om debitors gjeldsordning har medført en slik økt tapsrisiko for kausjonisten.¹⁴⁰ Det må altså foretas en sammenlikning med den situasjonen han ville vært i dersom gjeldsordningsavtalen ikke hadde regulert hans stilling. Kausjonistens stilling må sammenliknes med den stilling han ville vært i dersom han sto utenfor gjeldsordningsavtalen. Dersom økningen i kausjonistens risiko er vesentlig, kan dette føre til at ansvaret blir redusert eller faller helt bort.

En gjeldsordning vil regelmessig føre til at regresskravet bortfaller eller blir redusert. Dette er imidlertid ikke noe særegent for kausjonisten, i og med at alle kreditorenes krav vil bli slettet eller gitt sparsom dekning i form av dividende. Det særegne her er at kausjonisten ikke har vedtatt avtalen som svekker hans stilling.

Spørsmålet har nå fått en løsning i de prosessuelle reglene om endring av gjeldsordning. Krav som ikke anmeldes før gjeldsordningen utløper, bortfaller etter reglene gol § 7-7. Kausjonisten må derfor, for at fordringen ikke skal anses bortfalt, dokumentere at debitor er krevd for denne i gjeldsforhandlingsperioden.¹⁴¹

¹³⁷ Smith 1997 s 134.

¹³⁸ Ibid s 134.

¹³⁹ Hagstrøm 1996 s 98 – 101, Smith 1997 s 135.

¹⁴⁰ Markussen s 28.

¹⁴¹ Ot prp nr 99 s 103.

Debitor kan da kreve endring av gjeldsordningen, med sikte på at regressfordringen innlemmes i denne, jf gol § 6-1. Det er en forutsetning for at endringsbegjæringen skal kunne tas til følge at debitor ikke forsettlig eller grovt uaktsomt har unnlatt å opplyse om fordringen på søknadstidspunktet. Motivet for debitor for ikke å opplyse om kausjonisten kan være et ønske om å beskytte vedkommende. Det er antakelig mer praktisk enn situasjonen der kausjonisten uforsettlig er uteglemt. Skulle det derimot være tilfellet, kan endringssak begjæres av debitor. Blir begjæringen tatt til følge, gis den dividende, men bare fra det tidspunkt kravet ble fremmet overfor debitor. For en regressfordring vil dette bety at det regnes dividende fra det tidspunkt kausjonisten krever debitor.

Følgen av disse reglene sammenstilt er at det er gunstigere for kausjonisten å innlemmes i gjeldsordningen enn å stå utenfor å se at kravet prekluderes. Prekluderes kravet, ender kausjonisten opp uten at noe av regressfordringen dekkes, mens dersom det innlemmes vil noe av kravet dekkes gjennom dividendeutbetalingen. Skulle kausjonisten kreve debitor i løpet av gjeldsordningen, og debitor ikke krever gjeldsordningen endret, vil kravet bestå med sitt fulle beløp etter gjeldsordningsperioden.

Spørsmålet er interessant, men imidlertid relativt upraktisk, da inntrykket er at debitorer i alminnelighet er svært oppmerksomme på at de har kausjonssikret gjeld. Debitorene vil ofte være redde for hva følgen av gjeldsordningen blir for kausjonisten, siden kausjonistene ofte er nære venner eller i familie med debitor.¹⁴²

¹⁴² Informasjon gitt pr telefon fra Namsmannen i Sarpsborg 25.02.04.

5 Tvungen gjeldsordning

Dersom debitor ikke kommer til en frivillig løsning med sine kreditorer, kan han begjære tvungen gjeldsordning, jf gol § 5-1. En tvungen gjeldsordning kan i utgangspunktet bli påtvunget et flertall av kreditorene mot deres vilje.¹⁴³ Mens partene i de frivillige forhandlingene i utgangspunktet sto fritt til å forhandle frem en avtale med et hvilket som helst innhold, er situasjonen at de veiledende og deklarasjoniske reglene som ble gitt i gol kap 4 er preseptoriske i den tvungne ordning, jf § 5-2. Det fremgår av gol § 5-4, der det er bestemt at debtors forslag ”skal” stadfestes dersom det oppfyller kravene i § 5-2, som igjen henviser til §§ 4-2 til 4-10. Det dominerende momentet er hensynet til debitor og hans familie, og lovens sosialpolitiske formål vil da bli vektlagt mer enn hensynet til kreditorenes interesser og innflytelse.¹⁴⁴

5.1 Litt om saksbehandlingen

Etter at tingretten har mottatt debtors begjæring om tvungen gjeldsordning, skal retten foreta en prøvelse av forslaget hans, jf gol § 5-3 (1). Dersom forslaget ikke forkastes av retten, innkalles debitor og alle kjente fordringshavere til muntlig forhandling om forslaget, jf 2. ledd.

Etter ordlyden i § 5-3 omfattes ikke kausjonister og solidarisk medforpliktete slik de gjør i gol § 4-12 om vedtakelse og gol § 3-2 om namsmannens varslingsplikt. I forarbeidene til endringene¹⁴⁵ er det uttalt at forslaget inneholder ”[r]egler om at kausjonisten og andre medforpliktete gis kreditorstatus når en sak etter gjeldsordningsloven innledes og forslag om frivillig ordning utsendes”. Kausjonisten er allerede informert om søknaden og har vært med og forhandlet om den frivillige ordningen. For den frivillige gjeldsordningen rådet det tidligere noe usikkerhet både med hensyn til følgene for kreditors krav mot kausjonisten og kausjonistens

¹⁴³ Huser 1995 s 268.

¹⁴⁴ I c.

¹⁴⁵ Innst O nr 15 s 15.

regresskrav. For den tvungne ordning rådet ikke den samme usikkerhet. Dette taler for at det beror på en forglemmelse at ikke medforpliktete og kausjonister er eksplisitt nevnt. Virkningen av en tvungen ordning er at kreditor må tåle at kravet nedskrives. Kausjonisten vil imidlertid hefte som før i den grad kreditor ikke får dekning, samtidig som regresskravet går tapt. Virkningen for kausjonisten kan tale for at en innkalling er nødvendig. Hensynet til kontradiksjon trekker tungt i samme retning. Kausjonisten kan for eksempel ha opplysninger om at forslaget til gjeldsordning vil virke støtende, og at gjeldsordningen dermed må nektes etter gol § 5-4 (1) bokstav a. Sammenlagt taler dette sterkt for at kausjonisten skal innkalles.

5.1.1 Virkningen av at kausjonisten ikke innkalles

En unnlattelse av å innkalle kausjonisten til muntlig forhandling vil etter dette være brudd på saksbehandlingsregelen i gol § 5-3 (2). Dette innebærer at dersom saken blir påkjært, kan den manglende innkallelsen bli gjort til kjæremålsgrunn. Blir den det, vil det uten videre føre til opphevelse av den ankede avgjørelse uten noen prøvelse av om feilen kan ha hatt noen betydning for avgjørelsens innhold, jf tvml § 384 (2) nr 6.¹⁴⁶ Bestemmelsen omfatter også det at avgjørelser retter seg mot noen som ikke har vært innkalt som part, som kausjonisten i dette tilfellet.¹⁴⁷

5.1.2 Hovedkravs og regresskravs stilling i den tvungne gjeldsordning

Utgangspunktet er at alle debtors fordringer skal med i den tvungne gjeldsordningen, jf gol § 4-8. En tvungen gjeldsordning innebærer at debitor skal være gjeldfri, med unntak for pantegjeld som nevnt i gol § 4-8 (1) bokstav a og bokstav b, når gjeldsordningsperioden er over, jf gol § 5-2 (4). For kreditor betyr dette at det av fordringen som ikke dekkes ved dividendeutbetalingen i løpet av gjeldsordningsperioden faller bort. Kausjonisten må da dekke resten, samtidig som regresskravet bortfaller.

¹⁴⁶ Hov I s 431.

¹⁴⁷ Skoghøy s 936.

5.2 Støtende-kriteriet

5.2.1 Støtende-kriteriet i gol § 5-4 (1) jf § 1-4 (2)

Når retten skal stadfeste debtors forslag til tvungen gjeldsordning, skal det foretas en ny støtende-vurdering, jf § 5-4 (1), jf § 1-4 (2). Vurderingen av om det er støtende å stadfeste en tvungen gjeldsordning, er langt på vei den samme vurderingen som foretas ved åpningen av gjeldsforhandlinger.¹⁴⁸ Bestemmelsen selv henviser da også til § 1-4. Drøftelsen gitt i pkt 2.3 vil derfor være relevant også for denne vurderingen av støtende-kriteriet, og det henvises dit.

Ved vurderingen av om et forslag til tvungen gjeldsordning skal stadfestes, skal retten foreta en ny vurdering av om stadfestelsen vil virke støtende, jf Rt 1995 s 930. Nye momenter kan i tillegg trekkes inn og for eksempel debtors opptreden under saken vil være relevant.¹⁴⁹

Vurderingen er strengere på dette stadiet enn ved åpningen av gjeldsforhandlingene. Det kommer nå klart frem av ordlyden i bestemmelsene: I gol § 1-4 er det spørsmål om åpningen av gjeldsforhandlinger *åpenbart* vil virke støtende, mens spørsmålet i gol § 5-4 er om det vil virke *støtende å stadfeste* den gjeldsordning debitor har foreslått. Dette støttes også av forarbeidene til lovendringen¹⁵⁰ der det uttales at "...det bør legges en noe lempeligere vurdering av støtende-kriteriet til grunn ved åpning av gjeldsforhandlinger enn ved stadfestelse av tvungen gjeldsordning."

Det er sjelden hindringer for gjeldsordning som nevnt i § 5-4 (1), jf § 1-4 vil få selvstendig betydning. Er kriteriene i § 1-4 oppfylt, vil det praktisk talt alltid også virke støtende å stadfeste forslaget etter § 5-4 (1) bokstav a.¹⁵¹

¹⁴⁸ Graver s 143.

¹⁴⁹ I c.

¹⁵⁰ Innst O nr 15 s 7.

¹⁵¹ Moe 2003 s 367.

5.2.2 Støtende-kriteriet i § 5-4 (1) bokstav a

Selv om betingelsene i § 5-4 (1) er oppfylt og det ikke virker støtende at debitor får gjeldsordning, kan gjeldsordningen nektes stadfestet dersom selve forslaget innhold virker støtende. Denne støtende-vurderingen er en vurdering av det materielle innholdet av debtors forslag til gjeldsordning.

Bestemmelsen angir ikke hvem eller hva vurderingen skal skje i forhold til, men det må være de samme grupper av hensyn som er nevnt i § 1-4 (2): Hensynet til den alminnelige samfunnsmoral, andre debitorer og debtors kreditorer. Det skal som allerede nevnt, mindre til for å nekte stadfestelse av forslaget til gjeldsordning enn for å nekte debitor gjeldsforhandlinger.¹⁵² Forskjellen ligger i vurderingstemaet. Etter § 1-4 er spørsmålet om det i seg selv virker støtende at debitor oppnår gjeldsforhandling og gjeldsordning, mens det etter § 5-4 (1) bokstav a er debtors konkrete forslag til gjeldsordning som skal vurderes.

Om forslaget er støtende, vil bero på en samlet vurdering av flere forhold.

Utgangspunktet for vurderingen er debtors forslag til fordeling mellom kreditorene og gjeldsordningsperiodens lengde. Forslaget kan være støtende selv om det ligger innenfor rammene av §§ 4-2 til 4-10.¹⁵³ Der debtors gjeld slettes i forbindelse med gjeldsordningen, uten at han har dividende å utbetale, kan en gjeldsordningsperiode på fem år anses som så kort at det er støtende. Hensynet til kausjonisten kan også i noen tilfeller tilsi at gjeldsordningsperioden settes til mer enn fem år, jf § 5-2 (3) bokstav c, for at støtende resultater unngås.¹⁵⁴

5.2.2.1 Støtende-vurderingen i forhold til kausjonistens ståsted

I forhold til rammene for denne avhandlingen, oppstår spørsmålet om forslaget vil virke støtende i forhold til kausjonisten.

¹⁵² jf pkt 2.3 og Moe 2003 s 369.

¹⁵³ Moe 2003 s 370.

¹⁵⁴ Ibid s 382.

I § 5-2 (4) er det bestemt at en tvungen gjeldsordning skal innebære at debitor blir gjeldfri¹⁵⁵ etter gjeldsordningsperioden. Dette innebærer at også kausjonistens regresskrav bortfaller. Kausjonsforpliktelsen vil imidlertid bestå, og kausjonisten vil derfor måtte innfri overfor kreditor uten å kunne gjøre regress gjeldende mot debitor. Isolert sett vil ikke dette tilsi at stadfestelse av forslaget vil virke støtende i forhold til kausjonisten.¹⁵⁶ Tapet av regresskravet følger av gjeldsordningsloven, og kausjonskravets bestående følger av finansavtaleloven og kausjonsavtalen.

De tilfellene der kausjonisten rammes urimelig hardt av en gjeldsordning vil likevel kunne fanges opp av støtende-kriteriet i § 5-4 (1) bokstav a. Det vil for eksempel kunne gjelde der debitor gjennom gjeldsordningen oppnår store økonomiske fordeler på bekostning av kausjonisten.¹⁵⁷ Dette finnes det flere eksempler på i rettspraksis. I Rt 1995 s 580 ble forslag til tvungen gjeldsordning nektet stadfestet blant annet av hensyn til kausjonistene. Et moment i vurderingen var at kausjonistene ville være henvist til en meget stram økonomi fordi de hadde innfridd kausjonskravet, mens debitor selv ble gjeldfri etter en gjeldsordningsperiode på sju år. Det ble funnet støtende at det på sikt, det vil si etter gjeldsordningsperioden, ville bli ulikhet i debtors og kausjonistenes levekår. Særlig når dette ble vurdert på bakgrunn av at kausjonen var stilt som en vennetjeneste uten noen form for vederlag. Dette ble ansett støtende, ikke bare i forhold til kausjonistene, men også i forhold til ”alminnelig samfunnsmoral.”

Også i Rt 1999 s 2038 ble forslaget til gjeldsordning nektet stadfestet, blant annet av hensyn til den medansvarlige, som ville måtte innfri fellesgjelden i sin helhet mens den tidligere ektefellen ville bli gjeldfri etter fem år uten å ha bidratt til å nedbetale noe.

I Rt 1996 s 594 ble forslaget til tvungen gjeldsordning stadfestet da det ikke ble funnet støtende at kausjonisten for et boliglån ville miste regresskravet mens debitor fikk beholde boligen som var kjøpt ved det lånet som det var kausjonert for. I denne saken

¹⁵⁵ med unntak for pantegjeld som nevnt i § 5-2 (4) jf § 4-8 (1) bokstav a og b.

¹⁵⁶ Moe 2003 s 381.

¹⁵⁷ Ibid s 381.

var det usikkert om salg av boligen ville fremstå som den beste løsningen for kreditorene.¹⁵⁸

Kausjonistens forhold på sikrings- og krisestadiet vil også kunne ha betydning for hvorvidt det vil virke støtende overfor kausjonisten at gjeldsordning stadfestes. I RG 1997 s 678 ble det lagt vekt på at debtors far, som var kausjonist for sin sønn, selv i lang tid forgjeves hadde forsøkt å få i stand en ordning med banken og tilsynelatende engasjert seg aktivt til fordel for en gjeldsordning. Forslaget til tvungen gjeldsordning ble derfor ikke ansett støtende og forslaget ble stadfestet.

Det er en klar tendens i støtende-vurderingen at tapet av kausjonistens regresskrav settes opp mot forhold i forbindelse med forslaget til gjeldsordning, for eksempel gjeldsordningsperiodens lengde og størrelsen på dividenden.¹⁵⁹

5.2.3 Bestemmelser som kan avbøte støtende resultater

5.2.3.1 Adgangen til å gi et krav bedre dekning etter § 4-8 bokstav g

Gjeldsordningsloven § 4-8 bokstav g hjemler en mulighet til å gi et krav bedre dekning enn det ellers skulle hatt, men det kreves at det foreligger sterke grunner. I forarbeidene uttales det da også at "[e]n bør være varsom med å benytte denne muligheten".¹⁶⁰ Det må videre foretas en konkret vurdering av omstendighetene omkring stiftelsen av kravet og av kravets art.

Støtende-kriteriet kan gi en indikasjon på om kravet til sterke grunner er oppfylt.¹⁶¹ Dersom et forslag til gjeldsordning ville vært støtende dersom kravet ikke ble gitt en bedre dekning, vil dette kunne begrunne at kravet får bedre dekning med hjemmel i § 4-8 bokstav g. Dette forutsetter imidlertid at det ikke anses støtende i forhold til de øvrige kreditorene at kravet særbehandles på denne måten.

¹⁵⁸ Se lagmannsrettens avgjørelse LB-1995-02642.

¹⁵⁹ Markussen s 34.

¹⁶⁰ Innst O nr 90 s 44.

¹⁶¹ Moe s 244.

Et kausjonsansvar hvor innfrielse er særlig byrdefullt, kan for eksempel enten gis full dekning eller holdes utenfor gjeldsordningen etter denne bestemmelsen.¹⁶² Ofte er alternativet at retten nekter å stadfeste forslaget til gjeldsordning under henvisning til at det er støtende, jf gol § 5-4 (1) bokstav a. Se for eksempel Rt 1999 s 2038, omtalt i pkt 5.2.2. På den annen side er det at regresskravet faller bort antakelig ikke i seg selv sterk nok grunn til å særbehandle den kausjonssikrete fordringen.¹⁶³

I rettspraksis har vi sett at det oftest er flere grunner til at gjeldsordningen blir nektet enn bare hensynet til kausjonisten.¹⁶⁴

5.2.3.2 Gjeldsordningsperiodens lengde etter § 5-2 (1)

Hovedregelen er at en gjeldsordningsperiode i en tvungen gjeldsordning skal være på fem år, jf § 5-2 (1) 2. pkt, og løper fra det tidspunktet kjennelsen om stadfestelse ble avsagt.¹⁶⁵

En kortere eller lenger gjeldsordningsperiode kan stadfestes dersom det foreligger ”tungtveiende grunner”, jf § 5-2 (1) 3. pkt. Før lovendringen i 2003 var kravet at det måtte foreligge ”særlige grunner”. Slik loven nå er formulert, skal det mye til for å fravike hovedregelen om fem års gjeldsordningsperiode. Lovendringen innebærer en skjerpelse, men også en klargjøring av hva som anses for tungtveiende grunner, da det er tatt inn i loven noen typiske situasjoner der det kan foreligge tungtveiende grunner for å fastsette en annen gjeldsordningsperiode enn fem år. Det er avviket fra femårsregelen som krever særskilt begrunnelse,¹⁶⁶ og lovendringen skjeper kravene til den.¹⁶⁷

Vurderingen av om det foreligger tungtveiende grunner vil ofte henge sammen med støtende-vurderingen etter § 5-4 (1) bokstav a, og skal foretas på grunnlag av

¹⁶² Moe s 245.

¹⁶³ Moe 2003 s 288.

¹⁶⁴ Se pkt 5.2.2.

¹⁶⁵ Moe 2003 s 333.

¹⁶⁶ Ibid s 334.

¹⁶⁷ Ot prp nr 99 s 101.

omstendighetene på stadfestelsestidspunktet.¹⁶⁸ I Rt 1994 s 876 på s 877 er forholdet mellom bestemmelsene formulert slik: ”Dersom en lengre betalingsperiode enn fem år er nødvendig for at gjeldsordningen ikke skal virke støtende, må kravet til ’særlige grunner’ i § 5-2 første ledd være oppfylt.” Denne uttalelsen gjelder forholdet mellom bestemmelsene slik de lød før endringene i 2003. Med den endringen at det nå må foreligge ”tungtveiende grunner”, vil uttalelsen fortsatt ha relevans for tolkningen av bestemmelsen.

Spørsmålet er så om hensynet til kausjonisten kan være en tungtveiende grunn til å sette gjeldsordningsperioden til *mer* enn fem år.

Dersom en gjeldsordning virker ”særlig urimelig” overfor medforpliktete skyldnere, kan gjeldsordningsperioden settes til mer enn fem år etter § 5-2 (3) bokstav c. Kravet til at det må være ”særlig urimelig” innebærer at følgene for kausjonisten må gå utover det som normalt følger av en kausjonsforpliktelse.¹⁶⁹ Et eksempel kan være at tidligere ektefelle blir sittende med et ansvar den andre etter det underliggende forhold skulle være fullt ut ansvarlig for.¹⁷⁰ Dette vil være en grad av urimelighet som går utover det som normalt følger av en kausjonsforpliktelse. Risikoen for å måtte innfri kausjonskravet og tapet av regressretten vil ikke isolert sett tilsi at det virker særlig urimelig overfor kausjonisten at debtors gjeldsordningsperiode blir satt til fem år etter hovedregelen.¹⁷¹

¹⁶⁸ Moe 2003 s 335.

¹⁶⁹ Ibid s 347.

¹⁷⁰ I c.

¹⁷¹ I c.

6 Konklusjon

6.1 Noen reelle hensyn som taler for regresskravets bortfall

Når debitor søker gjeldsordning vil resultatet, som vi har sett, svært ofte bli at kausjonisten må betale hele eller svært mye av gjelden. Selv om kausjonisten unntaksvis skulle få beholde regressretten i forbindelse med debtors gjeldsordning, vil det normalt være lite å hente hos debitor.¹⁷² Kravet ville nok i alle tilfelle gått tapt på grunn av debtors vanskelige økonomiske stilling, jf § 1-3 som angir det økonomiske vilkåret som må være oppfylt for at gjeldsordning skal kunne innvilges.

I løpet av gjeldsordningsperioden vil debitor utbetale en forholdsmessig dividende til kreditor, men kreditor vil sjelden få dekket kravet fullt ut, og kan da kreve kausjonisten. Det er dette som er kausjonens sikringsformål. Kausjonen er stilt til sikkerhet for kreditors fordring på debitor. Grunnsetningen i all regressrett er at regressfordringen ikke kan komme til foretrengsel for kreditors rett.¹⁷³ Som en følge av regresskravets subsidiære karakter, vil kravet stå tilbake for kreditors krav inntil han har fått full dekning. Kausjonisten vil etter dette bare få utbetalt dividende dersom han innfrir overfor kreditor før gjeldsordningsperioden er over. Han vil da tre inn i kreditors rettigheter og motta det resterende av dividenden. Dersom kausjonisten kreves etter gjeldsordningsperioden, vil debitor ha dekket en del av fordringen ved sin dividendebetaling, og kausjonisten vil da bare være ansvarlig for det debitor ikke har betalt. Regresskravet vil være bortfalt som en følge av gjeldsordningen, og bortfallet er hjemlet i gjeldsordningsavtalen eller i gol § 5-2 (4) for en tvungen gjeldsordning.

For kreditor er det et viktig reelt hensyn at alle uprioriterte fordringer i en gjeldsordning skal stilles likt, jf gol 4-8 (1). Kausjonistens regresskrav er en slik uprioritert fordring i debtors gjeldsordning. Likhetsprinsippet taler for at også regresskravet behandles som

¹⁷² Rokhaug 1999 s 147.

¹⁷³ Hagstrøm s 691.

andre uprioriterte fordringer, og faller bort der de andre uprioriterte fordringene også gjør det.

Gjeldsordningen vil for debitor innebære en mulighet til å få kontroll over økonomien og en ordning av gjeldsforholdet siden det kreves full oversikt over debtors passiva og aktiva.¹⁷⁴ I de fleste tilfeller vil ikke en storrengjøring i debtors økonomi føre til at han får kontroll med mindre krav også slettes. I denne forbindelse vil det innebære et gode for ham, men også en nødvendighet, at regresskravet slettes som et ledd i opprydningen.

Privatkausjoner er ofte stilt av debtors venner eller familie. Dette kan motivere debitor til å prioritere betaling av kausjonssikret gjeld. Etter dansk praksis vil en slik prioritering ofte være et hinder for *gældssanering*.¹⁷⁵ Etter norsk rett vil dette kunne falle inn under støtende-vurderingen i § 1-4 (2), og da særlig bokstav c, jf dekl § 5-5. For debitor kan det få følger for ønsket om å søke om gjeldsordning at han vet at nær familie vil bli sittende med et betydelig gjeldsansvar for et lån han sin tid opptok. Det er med andre ord i mange tilfeller et sterkt følelsesmessig incitament for debitor til å tilgodese kreditorer med kausjonssikrede krav fremfor andre.¹⁷⁶ Debitor kan ha vondt for å forstå at kausjonisten vil måtte bære tapet alene, og dette igjen kan hindre ham i å søke gjeldsordning. Dette aspektet er i ofte vanskeligere enn rettsreglene gjeldsordningssaker.

6.2 Lovendringens betydning for avveiningene som må foretas

Endringene i 2003 ble vedtatt blant annet med sikte på å avklare kausjonisters og andre medforpliktetes stilling i en gjeldsordningssak. Det er interessant å merke seg at i forarbeidene¹⁷⁷ til endringsloven, antas det at etter den da gjeldende rett ville kausjonistens ansvar reduseres i samme grad som debtors der frivillig gjeldsordning var kommet i stand uten at kausjonisten var varslet og gitt anledning til å delta. I høringsrunden mente Justisdepartementet at rettstilstanden var klar på dette punkt, og at

¹⁷⁴ Ot prp nr 81 s 4.

¹⁷⁵ Hindborg s 67.

¹⁷⁶ Hellners s 124.

¹⁷⁷ Ot prp nr 99 s 60.

kausjonistens krav ble ettergitt i samme utstrekning som debtors.¹⁷⁸ Det er ikke det inntrykket som gis i teorien og rettspraxis. Byfogdene i Oslo, Bergen og Trondheim påpekte da også at usikkerheten omkring kausjonistens heftelse var problematisk.¹⁷⁹ Byfogdene må sies å ha førstehåndskunnskap til de praktiske sidene ved lovens praktisering og de spørsmål som melder seg i forbindelse med dette. Gol § 4-2 (4) skal sikre at et forslag om frivillig gjeldsordning alltid inneholder en bestemmelse om hva som skjer med kausjonskravet. Etter endringsloven skal problemene med hensyn til dette, etter departementets mening, være løst, i den grad spørsmålet faktisk blir regulert i gjeldsordningsavtalen.¹⁸⁰

Lovendringen fører til at dersom kausjonisten samtykker i forslaget til frivillig ordning, blir han bundet av denne. Nekte kausjonisten samtykke, kan i så fall debitor begjære tvungen gjeldsordning, med den følge at regresskravet i alle tilfelle går tapt, jf gol § 5-2 (4). For kausjonisten er dette en tap-tap-situasjon. En kausjonist vil neppe ha interesse i å nekte samtykke i en gjeldsordningsavtale der kravet hans ettergis eller regresskravet består. Det må antas å være mest aktuelt å nekte samtykke der regresskravet faller bort og kausjonisten vedblir å hefte, en løsning som er i samsvar med løsningen i den tvungne gjeldsordning. Om debitor får frivillig eller tvungen gjeldsordning kan altså bli likegyldig for kausjonisten: Kausjonisten kreves og regresskravet går tapt. Kreditor kan uansett trygt vedta et forslag til frivillig gjeldsordning uten å frykte at kausjonisten skal gå fri med mindre han ønsker å ettergi kausjonsforpliktelsen.¹⁸¹

For kausjonisten vil støtende-vurderingen kunne fungere som en sikkerhetsventil. Men det at debitor har kausjonssikret gjeld er, som vi har sett, ikke i seg selv nok til at en gjeldsordning anses støtende, siden kausjonskravets bestående og regresskravets bortfall er direkte følger av henholdsvis alminnelig kausjonsrett og gjeldsordningsloven.¹⁸²

¹⁷⁸ Ot prp nr 99 s 61.

¹⁷⁹ I c.

¹⁸⁰ Se pkt 4.3.2 og 4.3.2.1.

¹⁸¹ Ot prp nr 99 s 61.

¹⁸² Moe 2003 s 381.

Avklaringen som kom med endringene i 2003, er ikke dramatisk. Riktignok finnes det regler om at kausjonisten skal varsles om at gjeldsforhandling innledes og en ordensforskrift om at gjeldsordningsavtalen skal regulere kausjonistens stilling, men endringene gir ingen avklaring i forhold til de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende i saker der debitor har kausjonssikret gjeld. At spørsmål vedrørende kausjonistens ansvar blir regulert i gjeldsordningsavtalen, innebærer ikke at avtalen som sådan skal stadfestes. Der kausjonisten mener avtalen er stiller ham for dårlig, vil han nekte samtykke, og debitor er henvist til å begjære tvungen gjeldsordning. Ved stadfestelsen av denne skal det vurderes om forslaget er støtende, og det kan den meget vel være, selv om forholdet til kausjonisten er avklart og forslaget ligger innenfor rammene av §§ 4-2 til 4-10.

Så lenge det er klart at debitor ikke vil makte å betale hele sin gjeld, vil kausjonisten alltid kunne bli utsatt for kreditorpågang, uansett om der åpnes gjeldsforhandlinger eller ikke, jf LA-1996-00899. I rettspraksis synes tendensen å være at man ser på hva tapet av regresskravet rent økonomisk innebærer for kausjonisten og sammenholder det med de andre momentene i støtende-vurderingen. Det er imidlertid ikke sikkert at tapet av regresskravet som følge av gjeldsordningen har noen reell økonomisk betydning for kausjonisten. Der kausjonisten må innfri i forbindelse med en gjeldordning, er det konstatert at debitor er kvalifisert insolvent, og at insolvensen er varig, jf gol § 1-3. Selv om det ikke åpnes gjeldsordning hos debitor, vil han være like insolvent og uten midler til å betale verken kreditor eller kausjonisten som kreditor etter regresskravet. Den reelle betydning av å slette regresskravet kan etter dette bli liten.

Men likevel sitter man igjen med en følelse av at dette ikke er en helt god løsning. Det at det er vanskelig å få inndrevet regresskravet hos debitor, er noe litt annet enn å la hele kravet falle bort. Ved å la det falle bort, tar man også håpet om å få, i hvert fall noe, av pengene tilbake. En grunn til at gjeldsordning sjelden blir nektet stadfestet med den begrunnelse at forslaget virker støtende, kan være at kausjonisten ikke ville fått dekket regresskravet uansett, da det ikke finnes midler. Den rettslige begrunnelse at det er en naturlig følge av henholdsvis gjeldsordningsloven og kausjonsretten, blir slik sett overflødig der bortfallet også kan begrunnes i at det ikke finnes midler uansett. Dette er antakelig også en forklaring det er lettere å forsone seg med for en privatkausjonist.

Taper kausjonisten sitt regresskrav, vil han selv kunne komme i økonomiske vanskeligheter. For svensk retts vedkommende er det i teorien uttalt at regresskravets bortfall viser hovedprinsippet i den svenske ordningen, nemlig at gjeldssaneringen skal tilgodese én person, nemlig han som har søkt om gjeldssanering.¹⁸³ Etter svensk rett er det imidlertid heller ikke adgang til å særbehandle kausjonssikret gjeld.¹⁸⁴ Etter norsk rett er det en viss anledning til det.¹⁸⁵ Men dersom kausjonisten skulle komme i økonomiske vanskeligheter som følge av innfrielsen, vil dette kunne være et moment i støtende-vurderingen etter § 5-4 (1) bokstav a. Likevel er det ikke til å komme bort fra det faktum at kausjonisten har påtatt seg ansvaret for fordringens bonitas, og dersom garantien skulle bli aktuell, er ikke dette mer enn en følge av garantien og det kan ikke i seg selv tilsi at regresskravet skal særbehandles.

De lege ferenda ville det kanskje vært en bedre løsning å vurdere den aktuelle situasjonen opp mot den reelle sannsynlighet for at det ville vært mulig for kausjonisten å få dekket noe av regresskravet utenfor en gjeldsordning. I praksis er ikke dette noe som synes tatt eksplisitt i betraktning i støtende-vurderingen. Dersom retten hadde vurdert realiteten i regresskravet der debitor ikke får gjeldsordning til null, ville slettelse i forbindelse med gjeldsordningen antakelig ikke fremstilt seg som så urettferdig for kausjonisten.

Temaet er vanskelig, og sakene er svært ulike. Derfor er det kanskje en fordel at loven overlater mye til skjønnsutøvelsen på dette punktet. Det gjør det mulig å komme til individuelle løsninger som fungerer i det enkelte tilfellet. På den annen side blir det vanskeligere for kausjonisten å forutberegne sin rettsstilling, i den grad det er noe å forutberegne utover at han må innfri overfor kreditor og så mister regresskravet.

Det var utvilsomt behov for en avklaring med hensyn til kausjonskravs stilling i en frivillig gjeldsordning. De løsninger som er valgt i loven, problematiseres i liten grad i forarbeidene i forhold til kausjonistens stilling og ståsted. Det er derfor etter min mening fremdeles behov for en nærmere avklaring i forhold til de motstridende hensyn

¹⁸³ Hellners s 199.

¹⁸⁴ Ibid s 32.

¹⁸⁵ Se pkt 5.2.3.

som gjør seg gjeldende og som må avveies i forhold til hverandre i gjeldsordningssaker der debitor har kausjonssikret gjeld.

7 Register

7.1 Juridisk litteratur

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5 utg Oslo 2001 ved Jan E Helgesen

Graver, Hans Petter. *Gjeldsordningsloven med kommentarer*. 2. utg Oslo 1996

Hagstrøm, Viggo. *Kausjonsretten og avtaleloven § 36*. I Lov og rett 1996 s 78-103

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo 2003

Hellners, Trygve og Mellqvist, Mikael. *Skuldssaneringslagen, en kommentar*. Stockholm 1995

Hindborg, Lilian. *Gældssanering i praksis*. København 1999

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo 1998

Hov, Jo. *Rettergang I*. Oslo 1999

Huser, Kristian. *Gjeldsforfølgningsrett*. Bergen 1995

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*. bind I. Bergen 1987

Markussen, Ann Kristin. *Kausjonistens stilling ved hoveddebitors gjeldsordning etter gjeldsordningsloven*. Stor særavhandling UiT, Tromsø 1999

Moe, Ernst. *Gjeldsordningloven i praksis*. Oslo 1997

Moe, Ernst. *Gjeldsordningsloven i praksis*. 2. utg Oslo 2003

Graver, Hans Petter. *Kommentarer til gjeldsordningsloven*. I Norsk Lovkommentar.
Red: Peder Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland. www.rechtsdata.no.
Oppdatert 01.03.04

Rokhaug, Egil. *Gjeldsordningsloven i teori og praksis*. Oslo 1994

Rokhaug, Egil. *Gjeldsrådgivning og utenrettslige gjeldsordninger*. Oslo 1999

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo 2001

Smith, Carsten. *Garantikrav og garantistvern*. Oslo 1981

Smith, Carsten. *Kausjonsrett*. Oslo 1997, 3. utg ved Marianne Ølssøn og Terese Smith

7.2 Lovregister

| | |
|------|---|
| 1687 | Kong Christian Den Femtis Norske lov av 15.april 1687 |
| 1915 | Lov av 13. august nr 6 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (Tvistemålsloven) |
| 1918 | Lov av 31. mai nr 4 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) |
| 1976 | Lov om renter for forsinket betaling av 17. des 1976 nr 100 (Forsinkelsesrenteloven) |
| 1984 | Lov av 8. juni 1984 nr 58 om gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven) |
| 1984 | Lov av 8. juni 1984 nr 59 om fordringshaveres dekningrett (Dekningsloven) |
| 1989 | Lov av 16. juni 1989 nr 63 om håndverkertjenester mm for forbrukere (Håndverkertjenesteloven) |
| 1992 | Lov av 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) |
| 1999 | Lov av 25. juni 1999 nr 46 om finansavtaler og finansoppdrag (Finansavtaleloven) |
| 2002 | Lov av 21. juni 2002 nr 34 om forbrukerkjøp (Forbrukerkjøpsloven) |

7.3 Forarbeider

| | |
|---------------------------|---|
| NOU 1991:16 | Gjeldsordning for personer med betalingsvansker |
| NOU 1994:19 | Finansavtaler og finansoppdrag |
| Ot prp nr 81 (1991-1992) | Om lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) |
| Ot prp nr 41 (1998-1999) | Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) |
| Ot prp nr 99 (2001-2002) | Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv. (gjeldsordningsloven) |
| Innst O nr 90 (1991-1992) | Innstilling fra finanskomiteen om lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) |
| Innst O nr 15 (2002-2003) | Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov av 17. juli 1992 nr 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv (gjeldsordningsloven) |

7.4 Doms- og kjennelsesregister

Rt 1930 s 272

Rt 1988 s 1078

Rt 1993 s 1053

Rt 1994 s 876

Rt 1995 s 580

Rt 1995 s 930

Rt 1996 s 594

Rt 1997 s 122

Rt 1997 s 1029

Rt 1999 s 122

Rt 1999 s 2038

Rt 2001 s 6

LA-1996-00899

LF-1998-00505

LG-1998-01491

RG 1997 s 687

LA-2001-01238

A